MANUALE DI
DIRITTO AMMINISTRATIVO

Clicca per la scheda del libro

Capitolo 1

Introduzione e principi generali

SOMMARIO: *Parte Prima. Introduzione*. – 1. Premessa. – 2. Parte generale. Principio di legalità e fonti del diritto. – 2.1. Organizzazione pubblica. – 2.2. Situazioni giuridiche soggettive. – 2.3. Attività amministrativa. – 2.4. Obbligazioni, contratti e responsabilità. – 2.5. Le forme di tutela e il principio di pluralità delle azioni. – 3. Parte speciale. – 4. Diritto amministrativo e altri diritti. – 4.1. Diritto amministrativo e diritto privato. – 4.1.1. Diritto amministrativo e diritto commerciale. – 4.2. Diritto amministrativo e diritto costituzionale. – 4.3. Diritto amministrativo e diritto europeo. – 4.4. Diritto amministrativo e diritto internazionale. – *Parte Seconda. Principi generali*. – 5. Principi generali e regole. – 6. Principio di legalità: rinvio. – 7. Principio di buon andamento e imparzialità. Principio di trasparenza: cenni e rinvio. – 8. Principio di concorrenza. – 8.1. Le regole antitrust. – 8.2. La "concorrenza nel mercato". – 8.3. La "concorrenza per il mercato". – 9. Il principio di ragionevolezza e il principio di proporzionalità: cenni e rinvio. – 10. Il principio di buona fede. – 11. Il principio di affidamento.

Parte Prima
Introduzione

1. Premessa

Il diritto amministrativo identifica quel ramo del diritto che ha per oggetto l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione.

La nozione centrale è quella di "amministrazione".

Nel linguaggio giuridico "amministrare" significa porre in essere attività di gestione nell'interesse proprio o nell'interesse altrui.

Nel diritto privato "l'amministrazione nell'interesse altrui" si può avere in diversi istituti: si pensi, ad esempio, all'attività di gestione posta in essere da amministratori di società commerciali nell'interesse dei soci [cap. 6, par. 13.2].

Nel diritto amministrativo "l'amministrazione nell'interesse altrui" è posta in essere dalla pubblica amministrazione e, cioè, da soggetti pubblici (Stato, Regioni, Enti locali ed enti pubblici) nell'interesse pubblico, vale a dire nell'interesse dei cittadini quale definito dal legislatore.

L'origine storica del diritto amministrativo si fa risalire alla rivoluzione francese che ha consacrato il principio della divisione dei poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario, prima riuniti nella figura del Monarca. L'amministrazione, collocata nell'ambito del potere esecutivo, ha acquisito così la sua autonomia.

Clicca per la scheda del libro

2. Parte generale. Principio di legalità e fonti del diritto

Nella moderna trattazione sistematica del diritto amministrativo si può distinguere una parte generale e una parte speciale costituita dai singoli settori.

La comprensione dell'intero sistema generale del diritto amministrativo presuppone l'analisi del principio di legalità, che rappresenta la cornice all'interno della quale si collocano le singole parti che, nel loro complesso, definiscono il diritto amministrativo stesso.

È evidente che l'introduzione generale, che si sta svolgendo, impone l'anticipazione di nozioni che saranno oggetto di trattazione nei successivi capitoli. In questa parte si forniranno soltanto concetti generali e sintetici, al fine di avere un quadro unitario complessivo che consenta poi una migliore analisi di approfondimento.

Il principio di legalità costituisce una sintesi generale, che ricomprende in sé le norme giuridiche prodotte dalle fonti del diritto, che possono essere interne – primarie (leggi statali o regionali) o secondarie (regolamenti) – ovvero esterne e, cioè, prodotte da fonti appartenenti ad altri ordinamenti (europeo o internazionale) [capp. 2, 3, 4].

Sebbene la definizione delle regole sia demandata alla legge scritta, nel particolare settore del diritto amministrativo un ruolo sempre molto rilevante hanno avuto la giurisprudenza e la dottrina. La crisi della legge e la formulazione spesso incerta, parziale e oscura delle norme hanno aperto la strada al contributo degli interpreti. Come si vedrà nella trattazione dei singoli istituti, sono rinvenibili spesso divergenti orientamenti interpretativi.

Il principio di legalità rileva, sul piano dell'organizzazione, delle situazioni giuridiche soggettive e del rapporto giuridico pubblico, dell'attività, delle obbligazioni e dei contratti, con riflessi sulle forme di tutela.

Si distinguono la legalità-indirizzo e la legalità-garanzia: la prima attiene allo scopo di interesse pubblico che deve essere perseguito e, dunque, alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa; la seconda attiene alle modalità, anche organizzative, che devono essere osservate per perseguire tale scopo. Tali declinazioni della legalità si atteggiano in modo peculiare a seconda del settore in cui operano.

2.1. Organizzazione pubblica

L'art. 97 Cost. prevede che «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*», il che implica che l'identificazione del soggetto pubblico, la sua articolazione in uffici e organi, nonché la fase di distribuzione delle funzioni amministrative, devono avvenire con legge [cap. 6, par. 11]. Si distinguono soggetti pubblici costituzionalmente necessari, che sono quelli ritenuti tali direttamente dalla Costituzione (Stato, Regioni ed Enti locali) [cap. 6, Parte Seconda], e gli altri enti pubblici non necessari [cap. 6, par. 14-16]. Rientrano nell'ambito dell'organizzazione anche il personale [cap. 8] e i beni necessari per lo svolgimento dell'attività amministrativa [cap. 9].

Clicca per la scheda del libro

2.2. Situazioni giuridiche soggettive

La legge seleziona, attribuendogli rilevanza giuridica, l'interesse pubblico che la pubblica amministrazione, come sopra definita, deve perseguire. In questo ambito rileva, pertanto, essenzialmente, il principio di legalità-indirizzo.

L'interesse è un concetto diverso dal bene che è, essenzialmente, la cosa o il complesso di cose inteso come "porzione del mondo fisico". Esso può essere definito come «*il valore relativo che un determinato bene ha per un certo soggetto*»[1]. Si distingue, pertanto, a titolo esemplificativo, l'interesse pubblico alla tutela della salute e la realizzazione di un ospedale per realizzare tale interesse.

La legge attribuisce alla pubblica amministrazione una situazione giuridica di vantaggio, rappresentata dal potere pubblico, che le consente di "amministrare" nell'interesse pubblico e, dunque, di porre in essere quell'attività necessaria per perseguire la finalità pubblica predefinita dalla legge.

Il potere pubblico ha natura unilaterale e valenza imperativa [cap. 5, par. 4], perché deve essere consentito alla pubblica amministrazione di realizzare l'interesse pubblico anche senza il consenso del privato. Se per espropriare un'area di proprietà del privato al fine di costruire un'opera pubblica fosse necessario il consenso del privato, è evidente che non si potrebbe avere la garanzia di attuazione dell'interesse pubblico. Per questo, la legge attribuisce all'amministrazione un potere unilaterale di incidere nella sfera giuridica del privato al fine di acquisire in via autoritativa l'area su cui deve essere realizzata tale opera, con obbligo di corrispondergli l'indennità di esproprio [cap. 19].

La legge attribuisce al privato una situazione giuridica anch'essa di vantaggio – l'interesse legittimo – che dialoga con il potere pubblico e, insieme ad esso, definisce il rapporto giuridico pubblico. Nelle più recenti elaborazioni l'interesse legittimo è definito come «*posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene*»[2] [cap. 5, par. 4].

2.3. Attività amministrativa

La legge disciplina le funzioni amministrative e cioè le modalità di azione attraverso le quali l'amministrazione pubblica esercita il potere per perseguire l'interesse pubblico quale definito dalla legge stessa.

Nel vigente sistema esiste il principio della pluralità delle forme di azione. L'amministrazione agisce, infatti, mediante: *i*) atti e provvedimenti, che rimangono la modalità più diffusa; *ii*) comportamenti che possono essere espressione di un inadempi-

---

[1] F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 69.

[2] Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, che riprende la definizione di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 127-128.

Clicca per la scheda del libro

mento dell'obbligo di concludere il procedimento – cd. silenzio inadempimento [cap. 10, par. 7] – ovvero di un atto tacito – silenzio assenso e silenzio rigetto [cap. 10, parr. 14-14.2] –; *iii*) accordi pubblici [cap. 12]. Nell'ambito dell'attività una collocazione peculiare occupano le obbligazioni [cap. 15] e i contratti [cap. 16].

I provvedimenti, a loro volta, possono essere restrittivi (poteri ablatori o sanzionatori) o ampliativi (concessioni o autorizzazioni).

Nel primo caso, il privato è normalmente titolare di un interesse legittimo oppositivo all'adozione del provvedimento sfavorevole per la sua sfera giuridica.

Nel secondo caso, il privato è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'adozione di un provvedimento favorevole che amplia la sua sfera giuridica. Le recenti modifiche legislative hanno previsto che, ricorrendo determinati presupposti, le autorizzazioni e concessioni, che costituiscono forme di controllo *ex ante* dell'attività del privato, vengano sostituite dalla segnalazione certificata di inizio attività, la quale rappresenta una forma di controllo *ex post* della stessa attività [cap. 10, parr. 15-15.4].

L'attività amministrativa è anch'essa governata dal principio di legalità.

La legalità-indirizzo impone la funzionalizzazione dell'attività verso scopi di interesse pubblico. Essa ha fondamento costituzionale nello stesso principio democratico (art. 1 Cost.).

La legalità-garanzia impone che la legge predetermini anche le modalità di esercizio dell'azione amministrativa, a tutela del destinatario del provvedimento restrittivo, ovvero, nel caso di provvedimento favorevole per il destinatario, a tutela di altri interessi pubblici.

La predeterminazione può riguardare le modalità di svolgimento procedimentale (cd. legalità formale-procedimentale, che sta alla base dell'adozione della legge 7 agosto 1990, n. 241) ovvero la definizione degli assetti di interessi (cd. legalità-sostanziale).

Corollari di tale declinazione del principio di legalità sono la cd. nominatività e tipicità del provvedimento amministrativo: è la legge che deve indicare la tipologia di atto da adottare e predeterminare, nel rispetto delle modalità che verranno indicate oltre, il suo contenuto [cap. 11, par. 1.1].

Il suddetto principio di legalità-garanzia ha anch'esso un espresso fondamento costituzionale.

In relazione ai provvedimenti restrittivi, vengono in rilievo, in particolare, l'art. 23 Cost., secondo cui «*nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*», nonché l'art. 42 Cost., secondo cui «*la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale*».

In relazione ai provvedimenti ampliativi, invece, l'esigenza di una determinazione delle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa risiede nella necessità di assicurare, in particolare, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.) ovvero altri principi che, di volta in volta, vengono in rilievo e che non consentono il rilascio di atti favorevoli per il privato nei casi in cui ciò recherebbe pregiudizio a tali principi.

Clicca per la scheda del libro

La legge può regolare in modo più o meno completo l'attività amministrativa.

La scelta legislativa, in concreto effettuata alla luce del settore che viene in rilievo, definisce l'attività amministrativa come discrezionale ovvero vincolata.

L'attività discrezionale, che costituisce il *proprium* del diritto amministrativo, si ha nel caso in cui la legge assegna all'amministrazione il compito di concretizzare l'interesse pubblico generico, da essa previsto, mediante lo svolgimento di un procedimento amministrativo nel quale deve essere comparato l'interesse pubblico primario con gli interessi pubblici secondari e con gli interessi dei privati [cap. 11, par. 8.1, sulla discrezionalità amministrativa].

In particolare, la legge può demandare all'amministrazione di stabilire l'*an*, il *quid*, il *quando* o il *quomodo*. In tali casi, la funzione amministrativa può essere illegittima anche per eccesso di potere, che rappresenta il tipico vizio della discrezionalità amministrativa [cap. 11, parr. 22.2-22.2.2].

Nell'ipotesi in cui le norme contengano concetti giuridici di rilevanza tecnica, esse, se lasciano spazi valutativi all'amministrazione, attribuiscono alla stessa quella che viene definita discrezionalità tecnica [cap. 11, par. 8.3].

L'attività vincolata si ha nel caso in cui, per la non complessità dei rapporti da regolare, la legge predetermina, in tutti i suoi aspetti, il contenuto degli atti amministrativi. L'unico vizio prospettabile è quello di violazione di legge.

Nell'ipotesi in cui anche le disposizioni di natura tecnica non lasciano spazi valutativi all'amministrazione, esse attribuiscono poteri che vengono denominati di accertamento tecnico [cap. 11, par. 8.3].

In una posizione peculiare si collocano gli atti politici, non sindacabili in ambito giurisdizionale, se non nei limiti che verranno indicati oltre [cap. 11, par. 8.4], e gli atti di alta amministrazione che presuppongono l'attribuzione all'amministrazione di un'ampia discrezionalità [cap. 11, par. 8.4.1].

Si realizza, pertanto, a seconda di come è costruita la norma, una gradazione di intensità crescente del potere pubblico: atti vincolati, atti discrezionali, atti di alta amministrazione e atti politici.

2.4. Obbligazioni, contratti e responsabilità

L'attività della pubblica amministrazione si può svolgere anche mediante moduli non autoritativi e cioè attraverso l'assunzione di obbligazioni [cap. 15] ovvero la stipulazione di contratti [cap. 16].

Anche questo settore è retto dal principio di legalità.

I contratti della pubblica amministrazione sono preceduti da un procedimento e da atti amministrativi che hanno lo scopo di "evidenziare" l'interesse pubblico definito dalla legge, il quale deve essere perseguito mediante il modulo contrattuale (cd. contratti ad evidenza pubblica). Pur in presenza di questo momento autoritativo, la collocazione sistematica autonoma dei contratti è giustificata dal fatto che sono più presenti, rispetto agli altri ambiti, momenti di rilevanza privatistica.

Le obbligazioni in generale sono anch'esse contratte per perseguire un interesse

Clicca per la scheda del libro

pubblico. La disciplina in questo caso è ancora più marcatamente privatistica, con qualche profilo di specialità.

In questo ambito si può collocare anche il sistema di responsabilità. Pur trattandosi di una forma di tutela, l'amministrazione pone in essere un comportamento illecito, che costituisce pur sempre una modalità di azione, che la legge sanziona normalmente con il risarcimento del danno [cap. 17]. Anche in tale caso, assumono preminenza le regole di diritto privato.

2.5. Le forme di tutela e il principio di pluralità delle azioni

Le forme di tutela costituiscono un aspetto di disciplina di fondamentale rilevanza e definiscono il rapporto tra il diritto sostanziale e il diritto processuale. L'anticipazione, in questa sede, di alcune nozioni fondamentali viene svolta in quanto nella trattazione dell'intera parte, generale e speciale, di diritto sostanziale (e prima pertanto dell'esame sistematico della giustizia) verrà effettuato un costante riferimento agli strumenti di tutela.

L'art. 113 Cost. prevede che «*contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*».

Lo stesso rispetto della legalità-garanzia è imposto anche da tale norma costituzionale, la quale, prevedendo la necessaria giustiziabilità degli atti amministrativi, richiede che la loro disciplina abbia un fondamento legale, che consenta di potere esercitare con effettività il controllo giurisdizionale.

Il privato leso dall'attività amministrativa, così come sopra definita, può proporre ricorso al giudice amministrativo.

Nel nostro ordinamento è stato introdotto, con il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), il principio di pluralità delle azioni, il quale è strettamente correlato al principio di pluralità delle attività [cap. 26, par. 10].

Ne consegue che alle diverse tipologie di attività amministrativa corrisponde una specifica azione proponibile in sede processuale.

Le azioni proposte sono modulate poi in maniera diversa a seconda che l'attività sia discrezionale o vincolata: nel primo caso il giudice amministrativo, in ossequio al principio di separazione dei poteri, non può invadere sfere che sono di competenza dell'amministrazione; nel secondo, la predeterminazione legale dell'attività consente un sindacato pieno sul rapporto. [cap. 26, par. 2.5, sull'oggetto del processo amministrativo].

Rinviando oltre l'approfondimento di queste tematiche [cap. 26, parr. 10-10.7], può rilevarsi quanto segue.

In presenza di un atto amministrativo, è prevista un'azione di annullamento o di nullità (artt. 29 e 31 cod. proc. amm.).

L'azione di annullamento, che rimane quella principale, si propone per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere nel termine perentorio di sessanta giorni

Clicca per la scheda del libro

dalla comunicazione, pubblicazione o comunque dalla conoscenza del provvedimento (art. 29 cod. proc. amm.) [cap. 26, par. 10.1].

L'azione di nullità si propone in presenza di un provvedimento «*che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*» (art. 21-*septies*, legge n. 241 del 1990). Essa si propone, ad eccezione della nullità per violazione o elusione del giudicato per la quale non è prevista un termine, nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità «*può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice*» (art. 31, comma 4, cod. proc. amm.) [cap. 26, par. 10.2].

In presenza di un accordo pubblico ovvero di un accordo tra pubbliche amministrazioni, la diversa ricostruzione della natura di tali accordi condiziona anche le forme di tutela [cap. 12, Parte Prima, per gli accordi tra amministrazioni e privati; cap. 12, Parte Seconda, per gli accordi tra pubbliche amministrazioni]. Se, infatti, si predilige una impostazione pubblicistica, si seguono le regole di impugnazione degli atti. Se, invece, si predilige una impostazione privatistica, si seguono le regole di impugnazione degli accordi. La soluzione preferibile è quella che tiene conto della commistione dei profili pubblicistici e privatistici.

In presenza di un contratto pubblico, la compresenza di un atto amministrativo e di un atto negoziale comporta la possibile compresenza di un'azione di annullamento o nullità dell'atto e di un'azione di invalidità o responsabilità connessa al contratto.

In presenza di un comportamento, si possono proporre diverse azioni a seconda della natura del comportamento stesso. In particolare, tale comportamento può essere espressione: *i*) dell'inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento entro il termine previsto dalla legge (art. 2, legge n. 241 del 1990), con conseguente proposizione dell'azione avverso il silenzio inadempimento (art. 31 cod. proc. amm.) [cap. 26, par. 11.5]; *ii*) del silenzio significativo (silenzio assenso o silenzio rigetto), che si forma alla scadenza del tempo di conclusione del procedimento per una espressa previsione di legge, con conseguente proposizione dell'azione di annullamento o nullità (artt. 29 e 31 cod. proc. amm.).

In presenza di un comportamento che viola il dovere generale del *neminem laedere* ovvero il dovere di prestazione o protezione derivante da contratto o contatto sociale nell'ambito della formazione del contratto, si propone l'azione di responsabilità civile (art. 30 cod. proc. amm.) [cap. 17, Parte Prima, Sez. I], ovvero l'azione di responsabilità contrattuale o precontrattuale [cap. 17, Parte Prima, Sez. II].

Le condizioni dell'azione sono rappresentate dalla legittimazione ad agire, che coincide con la posizione giuridica fatta valere, e dall'interesse ad agire, che presuppone che la lesione di tale posizione sia personale, concreta e attuale [cap. 26, par. 5].

Nell'ambito dei rapporti in cui è parte una pubblica amministrazione, il riparto di giurisdizione si basa sul criterio della *causa petendi* e, cioè, sulla natura della posizione giuridica fatta valere: interesse legittimo o diritto soggettivo. La cognizione delle controversie relative ad interessi legittimi spetta al giudice amministrativo; la cognizione delle controversie relative a diritti soggettivi spetta al giudice ordinario, ad eccezione

Clicca per la scheda del libro

delle materie di giurisdizione esclusiva. Elemento centrale, che consente di individuare le posizioni soggettive, è l'esercizio del potere pubblico [cap. 25, Parte Prima, sul riparto di giurisdizione].

In presenza di un'attività posta in essere dall'amministrazione che non sia espressione di un potere pubblico ma di un'attività negoziale o materiale che incide su diritti soggettivi, la giurisdizione spetta al giudice ordinario [cap. 25].

3. Parte speciale

La parte speciale del diritto amministrativo riguarda l'analisi dei singoli settori che assumono particolare rilievo sia in sé per l'importanza che hanno acquisito nel corso degli anni i compiti pubblici dell'amministrazione in ambiti oggetto di plurime regolamentazioni anche provenienti da fonti esterne sia ai fini di una migliore comprensione della stessa sistematica di parte generale. Si tratta dei settori relativi a: urbanistica ed edilizia [cap. 18]; espropriazione [cap. 19]; patrimonio culturale e ambiente [cap. 20]; sanità, servizi sociali e istruzione [cap. 21]; ordine pubblico, sicurezza pubblica, immigrazione e protezione civile [cap. 22]; tutela del mercato e tutela della parte debole [cap. 23].

Nell'analisi che verrà svolta si seguirà un particolare ordine di trattazione, che riprende gli istituti di parte generale, per tentare di dare organicità a settori che ne sono privi anche a causa di una disordinata legislazione speciale.

4. Diritto amministrativo e altri diritti

In questa parte introduttiva, è opportuno, sempre nella prospettiva di una visione complessiva della materia, analizzare il rapporto tra il diritto amministrativo e gli altri rami del diritto e, in particolare, del diritto privato, costituzionale, europeo ed internazionale.

4.1. Diritto amministrativo e diritto privato

Il diritto privato ricomprende regole che definiscono il rapporto tra soggetti privati.

Il diritto pubblico ricomprende regole che definiscono il rapporto tra soggetti pubblici e privati ovvero tra soggetti pubblici.

La questione che rileva in questa sede attiene all'applicabilità delle regole di diritto privato alla pubblica amministrazione e del diritto pubblico a soggetti privati.

L'analisi potrebbe essere condotta da diverse prospettive.

Si predilige quella che muove dal dato soggettivo.

In presenza di una pubblica amministrazione [cap. 6, parr. 14-14.2.3 sulla nozione di ente pubblico] si applicano, di norma, le regole di diritto pubblico che disci-

Clicca per la scheda del libro

plinano il potere e la posizione di interesse legittimo del privato o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritto soggettivo.

Possono, però, trovare applicazione regole di diritto privato "generali" e "particolari" relative a diversi ambiti afferenti all'organizzazione, all'attività e al sistema di responsabilità.

Con riferimento all'organizzazione, il principale settore che viene in rilievo è quello del personale pubblico [cap. 8]. A seguito dei processi di privatizzazione, iniziati negli anni Novanta, la gestione del rapporto di lavoro avviene mediante esercizio di poteri privatistici disciplinati da regole di diritto privato generale, poste dal codice civile, accanto a regole di diritto privato particolare, poste dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), quali sono, tra le altre, quelle relative all'attribuzione di mansioni superiori[3]. Tali regole convivono con regole di diritto pubblico, poste dallo stesso testo unico, che disciplinano le procedure concorsuali (art. 35) ovvero gli atti di macro-organizzazione (art. 2).

Sempre nell'ambito dell'organizzazione si colloca anche la disciplina dei beni pubblici [cap. 9], che, almeno nella costruzione del modello tradizionale, sono anch'essi disciplinati da regole di diritto privato generale e particolare, con una accentuazione delle diversità di regime rispetto alla proprietà privata nel passaggio dalla categoria dei beni patrimoniali disponibili a quella dei beni indisponibili e demaniali. Anche tali regole convivono con regole di diritto pubblico che sono quelle che attengono, essenzialmente, alle procedure di scelta del concessionario cui attribuire la gestione di tali beni [cap. 9, par. 11] nonché quelle che riguardano la cd. autotutela esecutoria (artt. 823 ss. cod. civ.) [cap. 9, par. 12; cap. 11, par. 20].

Con riferimento all'attività, il principale settore che viene in rilievo è quello relativo alla stipula ed esecuzione dei contratti pubblici [cap. 16, Parti Quarta-Quinta]. Si applicano anche in questo caso regole di diritto privato generale, poste dal codice civile, accanto a regole di diritto privato particolare, poste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici). Conseguenza di tale connotazione è poi la disciplina, tra l'altro, della cd. inefficacia variabile del contratto a seguito dell'accertamento della sussistenza di un vizio di legittimità della procedura di gara (artt. 121-122 cod. proc. amm.), nonché delle condizioni per la rinegoziazione delle condizioni contrattuali a seguito di sopravvenienze idonee ad alterare l'equilibrio economico giuridico del contratto (art. 106, d.lgs. n. 50 del 2016). Anche tali regole convivono con regole di diritto pubblico, poste dallo stesso Codice dei contratti pubblici, che disciplinano le procedure concorsuali di scelta del contraente e dunque la fase che precede la stipula del contratto.

In questo ambito viene in rilievo anche il settore delle obbligazioni pecuniarie [cap. 15, parr. 4-6] ovvero delle obbligazioni da ingiustificato arricchimento [cap. 15,

[3] L'art. 52, d.lgs. n. 165 del 2001, cit., sancisce il divieto, salvo talune deroghe espressamente previste, di adibire il lavoratore «*a mansioni superiori*» mediante «*l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni*».

Clicca per la scheda del libro

parr. 11-11.1]. Esso è retto da regole di diritto privato generale ovvero da regole di diritto privato particolare. A tale ultimo proposito, si pensi al regime derogatorio relativo ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali posto dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 ovvero al regime derogatorio elaborato dalla giurisprudenza con riguardo ai requisiti che devono sussistere per l'esercizio dell'azione di ingiustificato arricchimento che, sino all'intervento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione [4], ricomprendeva anche quello del riconoscimento dell'utilità della prestazione non richiesto nella regolazione dei rapporti tra privati.

Con riferimento alla responsabilità, la circostanza che continui anche in questo caso a "campeggiare" l'interesse pubblico fa sì che la responsabilità dell'amministrazione sia, secondo la preferibile ricostruzione, una "responsabilità particolare" che, rispetto al modello generale di responsabilità *ex* art. 2043 cod. civ., si connota per essere riconducibile al modello della responsabilità da contatto, con un particolare funzionamento dei meccanismi che presiedono all'accertamento del rapporto di causalità e all'accertamento dell'elemento soggettivo [5]. Ne consegue che accanto a regole generali di diritto privato, poste dal codice civile, si possono applicare regole di diritto privato speciale che sono il risultato anche di elaborazioni giurisprudenziali.

In presenza di un soggetto privato, si applicano le regole di diritto privato che contemplano posizioni soggettive riconducibili, normalmente, al diritto soggettivo.

Possono, però, trovare applicazione, ricorrendo determinate condizioni, regole di diritto pubblico. Si pensi alla figura dell'esercizio privato di pubbliche funzioni [cap. 7, par. 2]. In questo caso l'art. 1, comma 1-*ter*, della legge n. 241 del 1990 prevede che «*i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative*» assicurano il rispetto dei principi generali di «*economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza*», nonché dei principi «*dell'ordinamento comunitario*». La stessa legge n. 241 del 1990 impone, con riflessi anche processuali, il rispetto, altresì, delle seguenti regole: *i*) la regola risarcitoria derivante dalla violazione dolosa o colposa dei termini di conclusione del procedimento (art. 2-*bis*); *ii*) la regola dell'accesso ai documenti (art. 22, comma 1, lett. e).

In presenza di un soggetto privato con partecipazione pubblica la ricostruzione è più complessa (par. successivo).

In conclusione, in presenza di una pubblica amministrazione si applicano, di norma, regole di diritto pubblico, con possibilità, in relazione agli istituti indicati, di applicare anche regole di diritto privato generale o speciale.

In presenza di un soggetto privato, si applicano, di norma, regole di diritto privato, con possibilità di applicare anche regole di diritto pubblico.

---

[4] Cass. civ., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10798, ha affermato che l'azione in esame si fonda sul riscontro di eventi oggettivi senza rilevanza di elementi soggettivi riconducibili ad una volontà provvedimentale dell'amministrazione.

[5] Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521.

Clicca per la scheda del libro

4.1.1. Diritto amministrativo e diritto commerciale

Il diritto commerciale si occupa, tra l'altro, delle regole privatistiche applicate alle società [cap. 6, par. 13.2; cap. 7, Parte Seconda, anche per l'indicazione delle tipologie societarie].

È questo un settore che ha molte affinità con il diritto amministrativo [6].

Il codice civile disciplina, infatti, le persone giuridiche societarie che presentano profili di affinità con le persone giuridiche pubbliche. In ambito societario è possibile selezionare il modello dell'organizzazione, dell'attività e dello scopo che deve essere perseguito e che è definito dai soci. La diversità principale risiede nel fatto che la società sorge con la stipulazione di un contratto plurilaterale di comunione di scopo di tipo associativo, mentre la persona giuridica pubblica presuppone sempre l'intermediazione legislativa [7].

La questione che rileva in questa sede attiene all'applicabilità delle regole di diritto commerciale alla pubblica amministrazione nel caso in cui essa sia titolare di partecipazioni in società.

In presenza di un soggetto privato con partecipazione pubblica, la tematica del rapporto tra pubblico e privato diventa ancora più intricata in quanto, in questo caso, il dosaggio nell'applicazione di tali regole non è guidato dalla natura interamente pubblica o interamente privata del soggetto ma dalla stessa struttura soggettiva ibrida. In altri termini, se viene in rilievo un soggetto pubblico o privato può affermarsi che si applicano, rispettivamente, in via prevalente, le regole di diritto pubblico e quelle di diritto privato con le possibili commistioni esaminate; se viene in rilievo un soggetto che ha veste "formale" privata del soggetto ma "sostanza" pubblica si pongono maggiori problemi nell'individuare il prevalente polo di attrazione nella disciplina complessiva della materia [cap. 7, Parte Seconda, sulle società pubbliche].

4.2. Diritto amministrativo e diritto costituzionale

Il diritto costituzionale e il diritto amministrativo ricomprendono entrambi regole di diritto pubblico.

Il diritto costituzionale riguarda i "rami alti" dell'ordinamento [8]. Esso si occupa: *i*) delle fonti del diritto e delle regole di riparto delle competenze legislative; *ii*) dell'organizzazione costituzionale dello Stato, ossia dei rapporti tra gli organi costituzionali (in particolare, Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica: cd. forma di governo)

---

[6] M. Libertini, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 215 ss.

[7] Si tenga conto che gli organi che compongono la società (si pensi all'assemblea dei soci) possono esercitare poteri privati indirizzati ai soci di minoranza che, secondo un certo orientamento (Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387), quando si risolvono in un abuso del potere di maggioranza, possono essere sindacati ricorrendo a rimedi "pubblicistici" quale è l'azione di annullamento per eccesso di potere [cap. 5, par. 4 e nota 40, per l'esame della questione; cap. 11, parr. 22.2-22.2.2, sull'eccesso di potere].

[8] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 47.

Clicca per la scheda del libro

e dei rapporti tra l'apparato dello Stato e il popolo (cd. forma di stato); *iii*) del sistema delle autonomie regionali e locali; *iv*) delle libertà e dei diritti costituzionali; *v*) della giustizia costituzionale. Esso trova fondamento nelle Costituzioni scritte[9].

Il diritto amministrativo riguarda i "rami bassi" dell'ordinamento e cioè quel complesso eterogeneo di apparati pubblici che esercitano poteri pubblici per attuare i fini previsti dalla legge[10].

La questione che rileva in questa sede attiene alla possibile comunanza o applicazione di regole di diritto costituzionale alla pubblica amministrazione.

In relazione al primo profilo, può ritenersi che vi siano alcune parti comuni: si pensi all'importanza che riveste il sistema delle fonti nel diritto amministrativo [capp. 2, 3, 4].

In relazione al secondo profilo, la Costituzione contiene norme che si applicano direttamente nel settore amministrativo e che contribuiscono a definire il modello costituzionale di pubblica amministrazione.

Sul piano dell'organizzazione, vengono in rilievo: *i*) il principio di sussidiarietà amministrativa (art. 118 Cost.), che vuole che l'attività venga svolta dai soggetti pubblici più vicini ai cittadini [cap. 6, parr. 11-12]; *ii*) il principio di differenziazione tra politica e amministrazione (artt. 95 e 97 Cost.), secondo cui gli organi politici prescrivono gli obiettivi da perseguire e gli organi dirigenziali li perseguono in modo imparziale, efficiente ed efficace [cap. 8, par. 14].

Sul piano dell'attività, l'art. 97 Cost. impone che l'attività amministrativa assicuri il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità [par. 7], con ripercussioni, sopra esposte, in materia organizzativa.

Sul piano della giustizia, la Costituzione prevede che «*contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*» (art. 113 Cost.). [cap. 26, par. 2.2].

Dal sistema costituzionale nella sua interezza emerge il principio di separazione tra funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali: il giudice amministrativo non può sindacare le scelte di merito della pubblica amministrazione che non risultino viziate da violazione di legge o eccesso di potere [cap. 11, par. 8.2; cap. 25, par. 9].

4.3. Diritto amministrativo e diritto europeo

Il diritto europeo si occupa delle regole applicate alle istituzioni europee e ai rapporti di quest'ultime con le istituzionali nazionali.

La questione che rileva in questa sede attiene alla possibile applicazione di regole europee nell'ambito del diritto amministrativo.

Il diritto europeo regola molti settori, generali e speciali, che interessano il diritto amministrativo sostanziale. Oltre ai principi generali [cap. 4, par. 2.2], si pensi, tra

[9] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 47.

[10] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 47.

Clicca per la scheda del libro

gli altri, ai settori dei servizi pubblici [cap. 13], dell'ambiente [cap. 20, Parte Seconda] e della tutela del mercato [cap. 23].

Il diritto europeo non regola il diritto processuale, che è demandato all'autonomia degli Stati membri, ma pone, nondimeno, dei limiti alle modalità di tutela giurisdizionale nazionale per assicurare i principi di non discriminazione ed effettività [cap. 4, par. 12].

L'incidenza di tale regolazione nell'ambito dell'ordinamento nazionale è conseguenza dei principi, afferenti al sistema delle fonti, della prevalenza e dell'effetto diretto che reggono i rapporti tra ordinamenti [cap. 4, parr. 4-5].

La sempre maggiore estensione del diritto europeo ha portato all'elaborazione di una vera e propria branca del diritto: il cd. diritto amministrativo europeo [cap. 4, Parte Prima, Sez. II].

4.4. Diritto amministrativo e diritto internazionale

Il diritto internazionale è il diritto della comunità degli Stati e si occupa del sistema di regole che si applica ai rapporti tra gli Stati che sono il risultato di consuetudini ovvero di regole convenzionali che rinvengono la loro fonte nei Trattati. Uno dei più rilevanti Trattati è rappresentato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) [cap. 4, Parte Seconda].

La Cedu non disciplina settori di diritto amministrativo ma, imponendo il rispetto di determinate garanzie convenzionali a tutela di diritti fondamentali, incide anche sul diritto amministrativo. Si pensi alla tutela dei diritti di proprietà nell'ambito dell'utilizzazione senza titolo [cap. 19, par. 16] ovvero alla tutela delle posizioni soggettive del privato destinatario di sanzioni amministrative [cap. 4, par. 20.1].

Parte Seconda
Principi generali

5. Principi generali e regole

I principi generali, rispetto alle regole normative, si caratterizzano per il fatto di essere contrassegnati, per la loro valenza generale, da una zona di indefinitezza, il che richiede, nella fase di attuazione, un giudizio di bilanciamento con altre proposizioni della stessa natura, al fine di ricavare la regola del caso concreto [11].

I principi, pertanto, hanno una dimensione "aperta", che si determina solo in sede di applicazione degli stessi nei singoli casi concreti attraverso l'adattamento al fat-

[11] G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, cit., spec. 194 ss.

Clicca per la scheda del libro

to specifico. Ne consegue che i principi ammettono, almeno in alcune fattispecie, una applicazione graduale o parziale, quale conseguenza del bilanciamento con altri principi che possono risultare occasionalmente prevalenti sui primi [12].

I principi generali sono posti da fonti normative, anche di rilevanza costituzionale, e, in alcuni casi, sono il risultato dell'elaborazione giurisprudenziale e hanno la stessa valenza delle fonti dalle quali sono desunti.

Taluni principi sono tipici del diritto amministrativo, altri sono comuni anche al diritto privato.

I principi hanno funzione: *i*) interpretativa delle norme; *ii*) integrativa, qualora vi siano lacune e le stesse non possano essere colmate con il ricorso all'analogia (art. 12 delle preleggi); *iii*) limitativa del potere [13]; *iv*) programmatica, nel senso di guidare il contenuto di ulteriori interventi normativi, come accade in presenza di principi e criteri direttivi dell'art. 76 Cost., che limitano l'esercizio della funzione legislativa delegata ovvero ai principi fondamentali nelle materie concorrenti.

Le regole presuppongono, invece, precetti definiti.

La diversità tra principi e regole si apprezza nella fase di attuazione: le regole si applicano secondo un meccanismo di sussunzione del fatto nella norma; i principi secondo un meccanismo di bilanciamento.

L'art. 1 della legge n. 241 del 1990, la cui rubrica reca «*Principi generali dell'attività amministrativa*», prevede, senza però esaurire l'intera categoria, che «*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*» [cap. 10].

6. Principio di legalità: rinvio

Il principio di legalità è il principio generale più rilevante. Per esigenze espositive, connesse alla sua valenza trasversale, è stato già oggetto di trattazione [parr. 2-2.5].

7. Principio di buon andamento e imparzialità. Principio di trasparenza: cenni e rinvio

L'art. 97 Cost. prevede che: «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*».

---

[12] G. D'Amico, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in G. D'amico. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 72 ss.

[13] M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 57-58.

Clicca per la scheda del libro

La nozione di buon andamento impone che l'azione amministrativa sia improntata a criteri di economicità ed efficacia (v. art. 1, legge n. 241 del 1990.). Tale norma viene in rilievo, tra l'altro, per valutare l'attività dei dirigenti: si utilizza l'espressione "amministrazione di risultato" [cap. 8, par. 16.3.7]. L'art. 81 Cost. prevede, altresì, il principio di equilibrio di bilancio.

La nozione di imparzialità rileva sul piano dell'attività e dell'organizzazione.

Sul piano dell'attività impone che gli interessi pubblici e privati vengano ponderati nel procedimento amministrativo in modo imparziale, con il conseguente obbligo di astensione se il soggetto competente all'adozione degli atti abbia un interesse proprio nella vicenda amministrativa. Nel caso di procedimento posto in essere da Autorità amministrative indipendenti, la comparazione deve avvenire, per la collocazione di tali Autorità nel sistema, in modo neutrale [cap. 6, Parte Quarta].

Sul piano dell'organizzazione, il principio di imparzialità impone che si assicuri la differenziazione funzionale tra politica e amministrazione: l'organo politico indica gli obiettivi che si devono perseguire; l'organo dirigenziale pone, in modo autonomo, l'attività di gestione finalizzata ad assicurare il raggiungimento di tali obiettivi [cap. 8, par. 14].

Il principio di imparzialità sottende anche il principio di trasparenza. Esso viene in rilievo, tra l'altro, nell'ambito dell'accesso ai documenti e, in particolare, dell'accesso civico [cap. 10, Parte Seconda, Sez. IV] e delle possibili funzioni della motivazione dei provvedimenti amministrativi [cap. 11, par. 3].

8. Principio di concorrenza

Il principio di concorrenza non è espressamente contemplato a livello costituzionale. Esso è, però, strettamente correlato al principio di libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), nonché agli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.

Prima di analizzare la portata di tale principio, è necessario fornire la nozione di attività di impresa.

L'art. 2082 cod. civ. prevede che è imprenditore colui che «*esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*». L'attività di impresa può essere svolta in forma individuale o collettiva. Anche la pubblica amministrazione può svolgere attività di impresa e, fino alla riforma del 2016, la svolgeva mediante le società a partecipazione pubblica [cap. 7, Parte Seconda, sulle società pubbliche].

L'art. 2195 cod. civ. dispone che l'imprenditore commerciale eserciti, tra l'altro,: *i*) attività industriale diretta alla produzione di beni o servizi; *ii*) attività intermediaria nella circolazione dei beni (che identifica il settore del commercio).

Il principio di concorrenza ha ricevuto una compiuta elaborazione a livello europeo.

Il diritto dell'Unione europea tende alla creazione, nell'ambito del mercato interno, di uno «*spazio senza frontiere*» (art. 26, par. 2, Tfue).

Clicca per la scheda del libro

I principi fondamentali che devono essere assicurati, nell'ambito di tale mercato, sono quelli della «*libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*» (art. 26 cit.).

Le regole, in grado di garantire il perseguimento di tali finalità, sono molteplici e vengono indicate mediante espressioni sintetiche identificative dei fenomeni: *i*) regole di "concorrenza antitrust"; *ii*) "concorrenza nel mercato"; *iii*) "concorrenza per il mercato". Esse si caratterizzano per la loro valenza macroeconomica di incidenza sul mercato.

8.1. Le regole antitrust

Le regole antitrust, da un lato, impongono ai soggetti che svolgono attività di impresa di evitare di porre in essere comportamenti idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno; dall'altro, vietano agli Stati membri di concedere aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (artt. 101 e 107 Tfue).

In relazione alle regole rivolte alle imprese, l'art. 101 Tfue vieta le intese anticoncorrenziali e gli abusi di posizione dominante [cap. 23, par. 9].

In relazione alle regole rivolte agli Stati membri, l'art. 107 Tfue prevede che «*sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza*». La giurisprudenza amministrativa [14] ha chiarito che il divieto di aiuti di Stato presuppone che ricorrano tutte le seguenti condizioni sulle quali si fonda la suddetta norma europea e, in particolare, che l'intervento: *i*) sia posto in essere dallo Stato ovvero effettuato mediante risorse statali; *ii*) sia idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri; *iii*) conceda un vantaggio al suo beneficiario; *iv*) falsi o minacci di falsare la concorrenza. Tali condizioni sono cumulative ed è quindi sufficiente che anche una sola di esse non sia soddisfatta per escludere la presenza di un aiuto di Stato.

Tali regole antitrust si applicano indifferentemente alle imprese pubbliche e private: l'art. 345 Tfue impone, infatti, il rispetto del principio di equiordinazione [15].

L'art. 106 Tfue dispone che «*gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati*».

Specularmente, un eventuale trattamento di favore per le sole imprese private potrebbe comportare una altrettanto grave violazione delle regole della concorrenza.

Corollario del principio in esame è quello della "separazione" tra attività di impre-

[14] Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823.

[15] Esso prevede che «*i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*».

Clicca per la scheda del libro

sa e attività amministrativa: la ragione è di evitare che l'impresa possa utilizzare i vantaggi che le derivano dall'essere considerata, a determinati fini, una pubblica amministrazione ovvero dal godere di particolari agevolazioni in un mercato diverso in cui compete con altri operatori economici. [cap. 7, par. 14].

Il diritto europeo prevede che la funzione di vigilanza del mercato sia attribuita ad una Autorità amministrativa indipendente, che si caratterizza, tra l'altro, per la neutralità nell'esercizio delle funzioni di controllo. In Italia questi compiti sono attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con la legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Una delle ragioni per le quali sono state create queste Autorità è stata proprio l'esigenza di assicurare il rispetto delle regole della concorrenza. Se questo compito venisse affidato ad autorità pubbliche "tradizionali", inserite nel circuito governativo, il rischio potrebbe essere quello che le stesse non applichino in modo effettivo e neutrale le norme europee perché spinte a tutelare, in modo "protezionistico", "interessi domestici" e dunque il mercato nazionale e non quello comune [cap. 6, par. 17].

8.2. La "concorrenza nel mercato"

La "concorrenza nel mercato" presuppone, invece, l'adozione di misure di liberalizzazione finalizzate ad eliminare o ridurre barriere di accesso al mercato per assicurare, in una prospettiva di promozione della concorrenza stessa, l'esercizio delle libertà fondamentali.

Fermo restando che le tipologie di misure adottabili sono numerose e strettamente connesse alla particolarità del mercato di riferimento, il principale obbligo imposto agli Stati membri è quello di non consentire forme di monopoli od oligopoli legali, che si sostanziano nel riconoscimento normativo a talune imprese di "diritti esclusivi o speciali" nello svolgimento di determinate attività economiche e cioè nell'attribuzione di una vera e propria "riserva di attività" che preclude, in quanto tale, la libera esplicazione delle attività economiche.

Devono, poi, essere attuate politiche di semplificazione amministrativa, al fine di consentire, quando è richiesto il rilascio di un titolo abilitativo per l'esercizio di una determinata prestazione di servizi, che la relativa procedura si svolga in modo, appunto, semplificato. È, infatti, evidente che, se per poter erogare quella determinata prestazione, occorra seguire procedure complesse e attendere tempi lunghi, si ostacola l'accesso al mercato degli operatori economici e, dunque, la libera prestazione del servizio. Gli strumenti principali, che possono venire in rilievo, sono la segnalazione certificata di inizio attività [cap. 10, parr. 15-15.4] e il silenzio assenso tra amministrazioni [cap. 10, par. 13]. La Scia viene, infatti, qualificata come mezzo di liberalizzazione amministrativa idoneo a contribuire ad attuare la liberalizzazione economica. Altra tecnica di liberalizzazione è rappresentata dalla segmentazione del mercato [cap. 13, par. 2].

L'art. 106 Tfue prefigura, nei casi in cui non si siano ancora completati i processi di liberalizzazione, anche lo scenario in cui si realizza il cosiddetto "fallimento del

Clicca per la scheda del libro

mercato" e cioè quando lo stesso non è in grado di assicurare l'erogazione di determinati servizi di rilevanza pubblica agli utenti. In questo caso viene in rilievo la nozione di servizio pubblico e, in particolare, quella di servizio di interesse economico generale e di servizio universale. In particolare, lo Stato, derogando in modo giustificato all'applicazione dei principi di libera concorrenza, interviene imponendo alle imprese di assicurare l'adempimento di determinati obblighi di servizio che sono funzionali ad assicurare a tutti la fruizione di determinate prestazioni di servizio, qualunque sia la collocazione geografica dell'utente, a condizioni eque e non discriminatorie [cap. 13, par. 3].

8.3. La "concorrenza per il mercato"

La "concorrenza per il mercato", infine, identifica le regole di diritto pubblico relative alla scelta del soggetto che può erogare quella determinata prestazione di servizi. Nei casi in cui gli operatori che possono svolgere quella specifica attività siano soltanto alcuni, in ragione della natura del mercato (non completamente liberalizzato) ovvero della tipologia di prestazione (ad esempio appalti pubblici), occorre assicurare il rispetto di procedure di garanzia di attuazione dei principi fondamentali del diritto europeo che sono contemplate, tra l'altro, in specifiche direttive europee relative ai settori dei contratti pubblici e delle concessioni (direttive 26 febbraio 2014, 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, attuate con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) [cap. 16].

Quando ricorrono queste specifiche finalità di tutela della concorrenza per il mercato, il diritto europeo, derogando al principio dell'autonomia organizzativa degli Stati membri nella configurazione della nozione di pubblica amministrazione, fornisce una vincolante definizione sostanziale di "amministrazione aggiudicatrice" o "ente aggiudicatore" che prescinde dalle qualificazioni interne relative alla natura giuridica del soggetto. Ciò al fine di evitare che, mediante l'impiego di forme privatistiche, si possano aggirare le norme imperative di scelta del contraente poste a presidio delle libertà europee [cap. 4, part. 10].

Allo stesso modo il diritto europeo deroga al principio dell'autonomia procedimentale [cap. 4, par. 11].

[Per l'analisi della rilevanza della concorrenza nel diritto privato e delle modalità di tutela della parte debole con riflessi sulla tutela della concorrenza a livello macroeconomico si v. cap. 23].

9. Il principio di ragionevolezza e il principio di proporzionalità: cenni e rinvio

Nella fase relativa alle forme di tutela giurisdizionale trova applicazione il principio di ragionevolezza. Le singole figure sintomatiche dell'eccesso di potere, in presen-

Clicca per la scheda del libro

za di attività amministrativa discrezionale, sono ritenute, da parte di un orientamento giurisprudenziale [16], espressione di tale principio [cap. 11, par. 22.2.1].

Secondo parte della dottrina [17], invece, tali figure devono essere ricondotte al principio di proporzionalità [cap. 11, par. 22.2.2], che nasce nel sistema tedesco ed è riassunto nel famoso esempio di Fleiner «*la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni*». Esso si declina nei canoni di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto: la misura adottata dall'amministrazione deve essere adeguata allo scopo, necessaria per il suo perseguimento e il vantaggio per l'interesse pubblico deve essere proporzionato al sacrificio imposto al privato e non può essere ottenuto con un sacrificio minore.

10. Il principio di buona fede

Il principio di buona fede è un principio generale che opera nei rapporti di diritto privato e di diritto pubblico [18]. Il Consiglio di Stato ha affermato che «*la clausola generale di buona fede* (…) *informa l'azione amministrativa nel suo complesso*» [19]. Esso, inoltre, presenta una stretta connessione con il principio di affidamento [par. 11].

L'analisi deve muovere dalla trattazione della rilevanza che la buona fede ha nel diritto privato e, in particolare, nel diritto contrattuale.

Nella sistematica del codice civile la buona fede non assume un significato unitario [20].

La principale differenza è tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo.

La prima identifica uno stato soggettivo della coscienza che può assumere a sua volta diverse connotazioni e atteggiarsi come: *i*) convinzione erronea di agire in conformità al diritto [21]; *ii*) ignoranza di ledere un altrui diritto [22]; *iii*) affidamento in una situazione giuridica apparente difforme da quella reale [23].

La buona fede in senso oggettivo, invece, pone regole di condotta, definendo modelli di comportamento socialmente apprezzabili ai quali i contraenti devono uniformarsi [24].

---

[16] Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174.

[17] S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5 ss.

[18] E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2011, 317 ss.

[19] Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2011, n. 550.

[20] V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004, 179 ss.

[21] Ad esempio, l'art. 128 cod. civ. fa salvi gli effetti del matrimonio, pur dichiarato nullo, qualora i coniugi lo abbiano contratto in buona fede e cioè nell'ignoranza della causa di invalidità.

[22] Ad esempio, l'art. 1147 cod. civ. consente che si producano determinati effetti in presenza di un possesso di buona fede, consistente nella ignoranza di ledere l'altrui diritto.

[23] Ad esempio, l'art. 1189 cod. civ. prevede la liberazione del debitore che in buona fede esegue il pagamento a favore del creditore apparente.

[24] Il codice civile richiama la nozione di buona fede oggettiva in molte disposizioni, che sanciscono l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede: nello svolgimento delle trattative e nella formazio-

Clicca per la scheda del libro

Dall'esposto quadro normativo, la dottrina e la giurisprudenza non sono riuscite a trarre una nozione univoca e determinata di buona fede. Al riguardo, può comunque affermarsi che la buona fede, per la sua intrinseca natura, non si presta ad essere ridotta in concetti definiti, ovvero in una definizione precisa ed aprioristica.

Rinunciando, quindi, al compito di individuare una nozione di buona fede si può soltanto ribadire che la buona fede in senso oggettivo pone regole di condotta, che, come si esporrà tra breve, sono diversamente qualificate.

La buona fede opera secondo regole, in parte differenti, a seconda che essa venga in rilievo nella fase di formazione del contratto ovvero di esecuzione.

Con riferimento alla fase di esecuzione, l'art. 1175 cod. civ. prevede che «*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*».

Si discute in ordine a quale possa essere la sua funzione.

Secondo una prima tesi, minoritaria, la buona fede non avrebbe una funzione integrativa del contenuto contrattuale, non facendo sorgere obblighi diversi e ulteriori rispetto a quelli già stabiliti dalle parti al momento della conclusione del contratto. La buona fede costituirebbe un criterio di valutazione del comportamento dei contraenti, al fine di correggere il giudizio di stretta osservanza formale delle norme di legge[25].

Secondo la tesi prevalente, invece, la buona fede assolverebbe ad una funzione integrativa del contenuto del contratto, con conseguente creazione di nuovi diritti e obblighi per le parti, ancorché non espressamente previsti nel contratto e neppure risultanti dall'applicazione di disposizioni di legge analitiche, ovvero dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. In particolare, l'integrazione avverrebbe mediante la creazione di nuovi doveri definiti ancillari ovvero accessori della prestazione principale, imposti nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. All'obiezione secondo cui l'art. 1374 cod. civ., rubricato «*integrazione del contratto*», indicherebbe soltanto la «*legge*», «*gli usi*» e «*l'equità*» e non anche la buona fede, si replica che la buona fede "entra" nell'art. 1374 cod. civ. attraverso la legge. Più chiaramente: la buona fede è disciplinata dalla legge (artt. 1175 e 1375 cod. civ.); la legge è indicata quale fonte di integrazione dall'art. 1374 cod. civ.; *ergo* la buona fede è fonte di integrazione e realizzerebbe così la chiusura del sistema.

Quanto alle modalità attraverso le quali procedere alla integrazione, si registrano due orientamenti.

Secondo una prima tesi[26], la buona fede opera in funzione di integrazione suppletiva, per cui in presenza di una lacuna contrattuale, la buona fede diventa regola negoziale, la quale, ove violata, è fonte di responsabilità contrattuale. Se il regolamento ne-

---

ne del contratto (art. 1337 cod. civ.); nella interpretazione del contratto (art. 1366 cod. civ.) in pendenza della condizione (art. 1358 cod. civ.); nel dovere per le parti di comportarsi con correttezza (art. 1175 cod. civ.); nell'esercizio della facoltà di rifiutare l'adempimento per l'inadempimento dell'altro contraente (art. 1460, comma 2, cod. civ.); nell'adempimento dell'obbligazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 cod. civ.).

[25] L. Bigliazzi Geri, voce *Buona fede nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 172 ss.; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 172 ss.

[26] Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725.

Clicca per la scheda del libro

goziale è completo, la buona fede svolge una funzione correttiva nella fase di esecuzione del contratto, paralizzando una pretesa con essa in contrasto mediante l'*exceptio doli generalis*. Viene, quindi, fissato il principio di separazione tra regole di condotta e regole di validità per cui se la norma imperativa contiene una regola di condotta (quale è la buona fede), la conseguenza della sua violazione non può mai essere la nullità ma solo la responsabilità. La ragione giustificativa di tale assunto risiede nel convincimento che «*i doveri di comportamento in generale sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite*». In definitiva, venendo in rilievo un concetto giuridico indeterminato, si è voluto evitare il rischio di assegnare un compito troppo incisivo al giudice che potrebbe, in mancanza di parametri certi, applicare il rimedio "forte" della nullità.

Secondo un'altra tesi la buona fede svolge una funzione di integrazione cogente, quale limite all'autonomia negoziale delle parti, determinando la nullità virtuale della clausola con essa confliggenti. In questa prospettiva, la buona fede non presuppone né una lacuna né una correzione in sede di esecuzione ma comporta che, sin dal momento genetico, entra nel contratto con conseguente nullità della clausola contrattuale che si ponga con essa in contrasto. La buona fede opera, in questo caso, anche come regola di validità e la sua violazione potrebbe comportare la nullità virtuale del contratto[27].

In sintesi, può affermarsi che nel diritto civile la buona fede, la quale svolge una funzione integratrice, opera con modalità diverse a seconda della fase contrattuale su cui incide.

Nella fase della formazione del contratto, essa rileva come dovere di lealtà, imponendo essenzialmente doveri di informazione che, ove violati, comportano responsabilità precontrattuale *ex* artt. 1337-1338 cod. civ. [cap. 17, par. 10].

Nei contratti tra una parte forte e una parte debole la buona fede assolve, invece, ad una funzione di controllo dell'autonomia negoziale. Il codice del consumo ha previsto, infatti, l'operatività in questo caso del rimedio della nullità testuale di protezione [cap. 23, par. 4.1].

---

[27] Questi principi sono stati affermati dalla giurisprudenza in relazione a talune fattispecie contrattuali.

Una prima fattispecie è rappresentata dal contratto di *leasing*. La Corte di Cassazione (sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926; sez. III, 23 maggio, 2012, n. 8101) ha ritenuto nulla per contrasto con la buona fede la clausola che prevede l'inversione del rischio a carico dell'utilizzatore, in caso di perdita del bene e dunque mancata consegna da parte del fornitore.

Una seconda fattispecie riguarda la clausola contrattuale che prevede una caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.) manifestamente eccessiva. In questo caso manca una disposizione che stabilisce, come per la clausola penale (art. 1384 cod. civ.), un potere di riduzione da parte del giudice e la Corte Costituzionale (Corte cost., ordinanze n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013) ha sostenuto, con una affermazione di portata generale, che detta clausola potrebbe ritenersi in contrasto con il principio della buona fede posto da norma imperativa, espressione del principio costituzionale di solidarietà contrattuale e, quindi, nulla. È bene puntualizzare che la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2014, n. 14776) non ha poi fatto proprio questo orientamento.

Clicca per la scheda del libro

Nel diritto amministrativo la buona fede, intesa in senso soggettivo, rileva soprattutto in materia di prestazioni indebite che sono collegate al principio dell'affidamento [cap. 15, par. 10].

La buona fede in senso oggettivo trova applicazione, nei termini esposti, in presenza di un contratto della pubblica amministrazione ai fini della configurabilità della responsabilità contrattuale e precontrattuale ovvero della nullità se si ritiene che la buona fede possa avere valenza cogente. Negli altri ambiti la buona fede è correlata al principio di affidamento [par. 11].

11. Il principio di affidamento

La tutela del legittimo affidamento rappresenta un principio fondamentale dell'azione amministrativa, potendo essere definito come la protezione di una situazione giuridica generata in capo al privato da un precedente comportamento di un determinato soggetto (nella specie pubblica amministrazione o legislatore) che lo ha indotto a confidare nel conseguimento di un determinato risultato.

Tale principio è richiamato dall'art. 10 della legge 27 luglio 2000, n. 212 (Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente). Esso era indicato nel progetto di riforma della legge n. 241 del 1990 tra i canoni dell'azione amministrativa ma poi non è stato recepito nella versione definitiva. Ciò nonostante, esso opera per il tramite dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 in quanto principio dell'ordinamento europeo.

Le questioni più complesse, strettamente correlate, attengono all'individuazione del fondamento e dell'ambito applicativo.

In relazione al fondamento, secondo un primo orientamento, la tutela del legittimo affidamento va ricondotta al generale principio di buona fede in senso oggettivo e, in alcuni casi, anche in senso soggettivo. È questa una affermazione che completa l'analisi della rilevanza della buona fede già svolta. In questo caso la buona fede verrebbe in rilievo nell'ambito di un rapporto intersoggettivo che si caratterizza per il fatto che il comportamento di un soggetto ha ingenerato un affidamento in un altro soggetto, il quale ha acquisito un'aspettativa legittima al mantenimento della situazione di fatto. Si tratta, pertanto, di tutelare sempre la buona fede del destinatario (normalmente il privato) dell'azione amministrativa o dell'attività legislativa. In questa prospettiva, si intrecciano, come si esporrà nelle sedi deputate all'analisi dei singoli istituti, i principi generali [par. 5] e le posizioni giuridiche soggettive [cap. 5].

Secondo un altro orientamento, di matrice tedesca, invece, la tutela del legittimo affidamento va ricondotta all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici che deve caratterizzare l'ordinamento giuridico[28].

---

[28] L'esposizione di questi due orientamenti è svolta da F. Merusi, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 5 ss.; si v. anche D.U. Galetta, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757 ss.

Clicca per la scheda del libro

L'aderire all'uno o all'altro orientamento non è privo di conseguenze pratiche: nel primo caso, affinché tale principio possa operare, occorre che il privato, nei cui confronti si esplica l'attività della pubblica amministrazione, sia in buona fede; nel secondo caso tale principio opera a prescindere dall'indagine sul rispetto delle regole oggettive e soggettive di buona fede.

In relazione all'ambito applicativo, il principio dell'affidamento può operare nei seguenti ambiti.

Con riguardo al sistema delle fonti, il principio può venire in rilievo in presenza di una legge retroattiva [cap. 2, par. 11.3] e anche, nei limiti che si esporranno, di un mutamento di giurisprudenza [cap. 2, par. 12].

Con riferimento all'organizzazione pubblica, il principio può venire in rilievo nell'ambito dell'istituto del funzionario di fatto, che ricorre nel caso in cui l'atto di investitura dell'organo che deve porre in essere, per conto dell'amministrazione, attività amministrativa sia mancante o invalido. Gli atti del funzionario di fatto, secondo il prevalente orientamento, sono validi proprio in quanto occorre tutelare i terzi incolpevoli che hanno fatto affidamento sull'esistenza di un valido atto di investitura. In questa prospettiva, sono legittimi solo gli atti favorevoli in assenza di controinteressati e non anche gli atti sfavorevoli [cap. 6, par. 4].

Con riferimento all'attività amministrativa, il principio in esame può venire in rilievo come: *i*) canone ermeneutico nell'interpretazione del provvedimento amministrativo [cap. 11, par. 4]; *ii*) limite alla possibilità per la pubblica amministrazione di emanare provvedimenti retroattivi [cap. 11, par. 16.3]; *iii*) limite all'adozione di provvedimenti di secondo grado [cap. 11, Parte Seconda; cap. 18 par. 19.2 per l'applicabilità di questo principio in materia di edilizia].

Con riferimento alle obbligazioni, il principio può venire in rilievo con riferimento all'adempimento di prestazioni indebite [cap. 15, par. 10]. In questo caso, però, rileva la buona fede intesa in senso soggettivo.

Con riferimento alla responsabilità, il principio può venire in rilievo come presupposto: *i*) della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione [cap. 17, par. 10] [29]; *ii*) della responsabilità dell'amministrazione conseguente all'adozione di un atto favorevole per il privato che è stato, in modo legittimo, dichiarato invalido in via di autotutela o in via giudiziaria [cap. 25, par. 16.1].

[29] In relazione ad essa si vedrà come la buona fede fa sorgere un dovere di protezione (situazione giuridica passiva) della sfera giuridica della controparte titolare di un'aspettativa (situazione giuridica attiva) che sorge in virtù del principio dell'affidamento.

Clicca per la scheda del libro

Capitolo 17

Responsabilità

SOMMARIO: 1. Premessa. Le responsabilità. – *Parte Prima. La responsabilità civile*. – 2. Fondamento costituzionale ed europeo. – *Sezione I. La responsabilità da provvedimento amministrativo illegittimo*. – 3. Struttura e funzione della responsabilità civile. – 3.1. Struttura e funzione della responsabilità contrattuale. – 4. Struttura e funzione della responsabilità civile della pubblica amministrazione. – 5. I soggetti responsabili. La natura della responsabilità. – 6. Gli elementi costitutivi della responsabilità. – 6.1. L'elemento oggettivo. – 6.2. L'elemento soggettivo. – 6.3. Il danno ingiusto. – 6.4. Il rapporto di causalità. – 6.4.1. Il risarcimento del danno da perdita di *chance*. – 6.4.2. Il concorso di cause. – 6.5. Il danno conseguenza. Il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali. – 6.5.1. La quantificazione dei danni risarcibili. – 6.5.2. La cd. *compensatio lucri cum damno* nella determinazione del danno: inquadramento generale. – 6.5.2.1. I casi decisi dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione. – 6.5.2.2. Il caso deciso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. – 6.5.3. Il risarcimento del danno in forma specifica. – *Sezione I*-bis. *La responsabilità da ritardo e da comportamento materiale*. – 7. Premessa. – 8. La responsabilità per danno da ritardo. – 9. La responsabilità da comportamento meramente materiale. – 9.1. La responsabilità della pubblica amministrazione nella gestione del demanio stradale. – 9.2. La responsabilità del Ministero della salute per i danni da emoderivati e da emotrasfusioni: rinvio. – 9.3. La responsabilità della Consob per i danni cagionati ai risparmiatori: rinvio. – *Sezione II. La responsabilità precontrattuale e contrattuale*. – 10. La responsabilità precontrattuale. – 11. La responsabilità contrattuale: cenni e rinvio. – *Sezione III. La responsabilità da atto lecito dannoso*. – 12. Nozione, natura e regime giuridico della responsabilità da atto lecito dannoso. – 13. Le tipologie di atto lecito dannoso. – *Sezione IV. La responsabilità da atto legislativo e da atto giurisdizionale*. – 14. La responsabilità da atto legislativo. Violazione del diritto europeo. – 15. La responsabilità da atto giurisdizionale lecito ma dannoso. – 16. La responsabilità del giudice. – *Parte Seconda. La responsabilità amministrativa*. – 17. La responsabilità amministrativa del dipendente pubblico. – 17.1. La responsabilità amministrativa nelle società a partecipazione pubblica. – 18. La responsabilità dirigenziale: rinvio. – 19. La responsabilità disciplinare: rinvio. – *Parte Terza. La responsabilità amministrativa da reato*. – 20. La responsabilità amministrativa da reato degli enti.

1. Premessa. Le responsabilità

La complessa evoluzione del sistema di tutele non consente di configurare "la responsabilità" della pubblica amministrazione, ma "le responsabilità". Sono, infatti, configurabili plurimi modelli sottoposti a regimi differenti.

Sul piano sistematico, "le responsabilità" attengono alle forme di tutela[1] delle posizioni soggettive cui si può ricorrere nel caso in cui, sussistendo determinati presup-

[1] Corte cost. n. 204 del 2004.

Clicca per la scheda del libro

posti [par. 6], l'attività della pubblica amministrazione, già analizzata nella Parte Terza, si discosti dal parametro legale.

L'attività amministrativa si può esercitare in diverse modalità: atti e provvedimenti, silenzi significativi e non significativi, contratti e accordi (preceduti da atti amministrativi), prestazioni di servizi. A tali plurime attività corrispondono plurime azioni che sono diverse a seconda della tipologia di attività: azione di annullamento o nullità, azione avverso il silenzio, azione di invalidità o inefficacia contrattuale.

A tali "rimedi di validità" si aggiungono i "rimedi di responsabilità", che si possono proporre anche in via autonoma, rappresentando l'unica modalità in presenza di un atto o un comportamento non espressione di poteri pubblici.

L'azione di responsabilità è poi diversamente modulata a seconda di quale sia l'attività della pubblica amministrazione che viene in rilievo.

A tale proposito, le grandi categorie in cui si possono inserire "le responsabilità" sono rappresentate dalla responsabilità di diritto civile, dalla responsabilità del dipendente e dalla responsabilità da reato.

La prima categoria (responsabilità di diritto civile), che è quella più ampia, ricomprende le ipotesi di responsabilità: *i*) da atto amministrativo lecito; *ii*) da atto illecito; *iii*) da atto legislativo o da atto giurisdizionale.

La responsabilità civile, a sua volta, conosce ulteriori articolazioni: *i*) responsabilità da provvedimento illegittimo [Sez. I]; *ii*) la responsabilità da comportamento nelle forme del mero comportamento materiale [parr. 9-9.3] ovvero dell'inerzia connessa al silenzio [par. 8].

La responsabilità da atto amministrativo lecito è conseguente ad un comportamento non antigiuridico dell'amministrazione [Sez. III].

La responsabilità da atto illecito conosce al suo interno le seguenti diverse articolazioni: *i*) responsabilità civile [Sez. I-*bis*]; *ii*) responsabilità precontrattuale [par. 10]; *iii*) responsabilità contrattuale [par. 11].

La responsabilità da atto legislativo o da atto giurisdizionale, di cui è dubbia, come si esporrà oltre, almeno in alcuni casi, la qualificazione in termini di atto illecito o di atto lecito, non riguarda la responsabilità della pubblica amministrazione ma la responsabilità del legislatore ovvero del giudice. Si tratta di forme generali di responsabilità che interessano il diritto amministrativo nella misura in cui vengano in rilievo leggi di diritto pubblico ovvero sentenze adottate dal giudice amministrativo [Sez. IV].

La seconda categoria (responsabilità del dipendente) ricomprende la responsabilità amministrativa [parr. 17-17.1], la responsabilità dirigenziale [par. 18; cap. 8, par. 16.3.7] e la responsabilità disciplinare [par. 19; cap. 8, par. 11.2.1]. Esse riguardano la responsabilità dei dipendenti della pubblica amministrazione e, dunque, si configurano come una forma di responsabilità interna.

La terza categoria (responsabilità da reato) è quella di minore rilevanza nel diritto amministrativo, in quanto essa è configurabile soltanto in relazione alle società a partecipazione pubblica [Parte Terza].

In questa parte verranno esaminati solo i profili di rilevanza sostanziale, rinvian-

Clicca per la scheda del libro

do alla parte sulla giustizia amministrativa l'analisi dei profili di rilevanza processuale dell'azione risarcitoria [cap. 26, parr. 10.6-10.6.4].

Nella ricostruzione dei modelli di responsabilità assumono particolare rilevanza la distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata e il correlato principio di separazione dei poteri il quale impedisce al giudice amministrativo di invadere sfere che la Costituzione riserva alla pubblica amministrazione.

Prima di esaminare nel dettaglio le questioni sopra riportate, è necessario rilevare come per molto tempo l'interesse legittimo sia stato ritenuto non risarcibile.

Nel periodo in cui si sosteneva che l'interesse legittimo non avesse valenza sostanziale, dovendo essere solo qualificato come interesse di fatto, era consequenziale escludere la forma di tutela in esame che è propria delle situazioni giuridiche soggettive e l'interesse legittimo non era ritenuto tale [cap. 5, parr. 4-5, per l'analisi delle teorie sull'interesse legittimo].

Nel periodo in cui all'interesse legittimo è stata riconosciuta valenza sostanziale, trattandosi di una situazione giuridica di vantaggio contemplata dalla norma unitamente al potere pubblico e all'interesse pubblico, non avrebbero dovuto esserci più ostacoli ad ammettere la sua risarcibilità. Nondimeno, l'orientamento negativo muoveva da una interpretazione restrittiva dell'art. 2043 cod. civ. e, in particolare, del requisito del danno ingiusto che si riteneva sussistente soltanto nel caso di lesione di diritti soggettivi.

Per ragioni sistematiche si ritiene opportuno esaminare questo profilo nella parte dedicata al danno ingiusto [par. 6.3].

Parte Prima

La responsabilità civile

2. Fondamento costituzionale ed europeo

La Costituzione non contiene norme specifiche relative al sistema di responsabilità e, pertanto, non contempla un modello generale vincolante per il legislatore.

Sono, però, previste le seguenti norme che rappresentano specifici limiti che devono essere assicurati nella fase di configurazione del suddetto modello: *i*) «*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*» (art. 24 Cost.); *ii*) «*contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*» (art. 113 Cost.); *iii*) «*nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*» (art. 23 Cost.); *iv*) «*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*» (art. 25 Cost.).

Clicca per la scheda del libro

In particolare, la Corte Costituzionale ha affermato che non ha copertura costituzionale il principio della integralità del risarcimento del danno. Ne consegue la legittimità, all'esito di un bilanciamento dei principi di tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) e di doverosità sociale (art. 2 Cost.), delle disposizioni di legge che prevedono risarcimenti in misura inferiore rispetto all'entità del danno subito [2].

La Corte, allo stesso modo, ha ritenuto legittime disposizioni di legge che prevedono risarcimenti in misura superiore all'entità del danno subito, per finalità punitive.

Al di fuori delle suddette specifiche prescrizioni, la Corte ha affermato che la regola generale posta dal legislatore è quella che assegna al risarcimento funzione compensativa.

Il diritto europeo non contiene neanche esso norme che attribuiscono alla sua competenza la disciplina della materia del risarcimento del danno [3].

Rientra, pertanto, nell'autonomia degli Stati membri la configurazione delle regole di responsabilità, con l'operatività dei soli limiti costituiti dai principi di effettività e di equivalenza delle forme di tutela.

Nel solo settore degli appalti pubblici, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, al fine di tutelare la concorrenza per il mercato, ha sancito la natura oggettiva della responsabilità, derogando al principio dell'autonomia degli Stati membri [cap. 4, par. 13] [4].

Sezione I

La responsabilità da provvedimento amministrativo illegittimo

3. Struttura e funzione della responsabilità civile

Nel diritto amministrativo manca una norma generale che disciplini la responsabilità civile della pubblica amministrazione. Il codice del processo amministrativo prevede soltanto l'azione di condanna al risarcimento del danno (art. 30 cod. proc. amm.) [cap. 26, parr. 10.6-10.6.4].

La questione più complessa che si pone è quella di verificare quale sia il modello di riferimento per la ricostruzione del sistema della responsabilità della pubblica amministrazione.

A questi fini è necessario analizzare, in via preliminare, struttura e funzione della responsabilità civile e contrattuale nel diritto privato per poi stabilire quale sia il modello di riferimento di disciplina della responsabilità della pubblica amministrazione.

---

[2] Corte cost. n. 235 del 2014 in relazione alla questione di legittimità costituzionale delle norme che limitano il risarcimento nei casi di lesioni di lieve entità (quale, ad esempio, l'art. 139, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, relativo al danno biologico per lesioni di lieve entità).

[3] Corte giust. un. eur., sez. VI, 17 dicembre 2015, n. 407.

[4] Corte giust. un. eur., 30 settembre 2010, n. 314.

Clicca per la scheda del libro

L'art. 2043 cod. civ. prevede che «*qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*».

La responsabilità extracontrattuale presuppone che l'agente non abbia normalmente alcun rapporto o contatto ovvero che sussista un "contatto sociale semplice"[5] con la parte danneggiata (si pensi, ad esempio, alla responsabilità del conducente di una automobile che investe un passante). L'art. 2043 cod. civ., infatti, impone, con clausola generale dotata di autonomia precettiva, il rispetto del dovere generale del *neminem laedere* a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica.

Sul piano strutturale, gli elementi costitutivi della responsabilità civile, in relazione alla fattispecie, sono: *i*) l'elemento oggettivo; *ii*) l'elemento soggettivo; *iii*) il nesso di causalità materiale o strutturale; *iv*) il danno ingiusto, inteso come lesione di una situazione giuridica rilevante (cd. danno evento).

In relazione alle conseguenze e, dunque, alle modalità di determinazione del danno, il fatto lesivo, così come sopra individuato, deve essere collegato, con un nesso di causalità giuridica o funzionale, ai pregiudizi subiti dalla parte danneggiata, di carattere patrimoniale o non patrimoniale.

Sul piano funzionale, la questione che si è posta, in assenza di un'espressa qualificazione legislativa, è se il risarcimento del danno possa avere una funzione compensativa-riparatoria ovvero punitiva[6].

L'orientamento prevalente in giurisprudenza e in dottrina, muovendo dalla ragione giustificativa dell'art. 2043 cod. civ., che è quella di tutelare il danneggiato, ritiene che la responsabilità civile abbia una funzione compensativa-riparatoria. Lo scopo, secondo la teoria della cd. indifferenza, è quello di porre il patrimonio del danneggiato nella stessa situazione in cui lo stesso si sarebbe trovato senza il fatto illecito.

Questa logica compensativa serve anche a spiegare la ricostruzione di altri elementi costitutivi della responsabilità e, in particolare, da un lato, la necessità, per configurare la responsabilità, che vi siano sempre danni-conseguenza [par. 6.5], ossia pregiudizi da riparare (e non solo danni-evento)[7] e, dall'altro, che la responsabilità non debba necessariamente postulare l'imputabilità soggettiva del fatto all'agente, ben potendo essere previste forme di imputazione oggettiva di responsabilità [par. 6.2]. È bene, inoltre, aggiungere che la compensazione economica non deve essere neces-

---

[5] Così si esprime Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

[6] C. Scognamiglio, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità*, in *Corr. giur.*, 2016, 909 ss.; G. Ponzanelli, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1195; F. Benatti, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 263 ss.

[7] Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in tema di risarcimento del cd. danno tanatologico, ha affermato che «*i danni risarcibili sono solo quelli che consistono nelle perdite che sono conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva e non quelli consistenti nell'evento lesivo, in sé considerato*»; si è aggiunto che «*la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza*»; si v. anche Cass. civ., sez. III, 5 febbraio 2013, n. 2637.

Clicca per la scheda del libro

sariamente integrale in quanto, come sottolineato, il legislatore, in mancanza di vincoli costituzionali, può anche prevedere forme di risarcimento basate su criteri che non assicurino il pieno risarcimento.

L'orientamento minoritario, invece, valorizzando l'esigenza (che è propria del sistema penale) di punire il colpevole del fatto illecito per finalità preventive e deterrenti, ritiene che il risarcimento del danno possa avere anche una funzione punitiva, con conseguente polifunzionalità del rimedio risarcitorio [8].

Questa logica punitiva valorizza il profilo soggettivo dei sistemi di imputazione della responsabilità e ammette la previsione di criteri risarcitori che consentono la corresponsione di somme risarcitorie anche superiori a quelle necessarie per compensare il pregiudizio economico subito dal danneggiato.

Nel settore civilistico, la questione è stata affrontata con riferimento alla delibazione di sentenze straniere che hanno condannato al risarcimento di danni punitivi (cd. *punitive damages*) [9]. In altri ordinamenti, infatti, è consentita, in un'ottica di prevenzione generale, la condanna al risarcimento di danni punitivi, di cui occorre verificare la possibile esecuzione in Italia.

A tal fine vengono in rilievo le norme di diritto internazionale privato processuale e, in particolare, l'art. 64 della legge 31 maggio 1995, n. 218, il quale dispone che la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando, tra l'altro, «*le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico*» (lett. g).

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, prevalente fino al 2016 [10], tali sentenze sarebbero in contrasto con l'ordine pubblico, identificato nell'insieme dei valori e dei principi che caratterizzano l'ordinamento in un dato momento storico. In quest'ottica, poiché nel nostro ordinamento la responsabilità civile svolge una funzione compensativa, sarebbe contrario all'ordine pubblico il riconoscimento di sentenze straniere che, condannando a danni punitivi, attribuiscono a tale responsabilità una funzione sanzionatoria.

Secondo un altro orientamento giurisprudenziale [11], invece, non vi sarebbero ostacoli al riconoscimento di tali pronunce nel nostro ordinamento. Questo perché il riferimento all'ordine pubblico contenuto nell'art. 64 legge n. 218 del 1995 deve essere inteso come ordine pubblico internazionale, il quale ha portata più ampia rispetto alla nozione di ordine pubblico interno. In particolare, si è affermato che il «*prodotto giuridico straniero*» non può entrare nel nostro ordinamento soltanto quando è incompatibile con i «*valori costituzionali primari*».

---

[8] Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613.

[9] F. Quarta, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1159 ss.; P.G. Monateri, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 827 ss.

[10] Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781; Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183.

[11] Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978; si v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1.

Clicca per la scheda del libro

La Corte di Cassazione, per giungere a questa conclusione, ha fatto riferimento anche alla «*globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali*».

Alla luce di queste premesse, la Corte, sul presupposto che non possa ritenersi che la funzione compensativa «*assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento*», ha ritenuto non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale la sentenza con condanna punitiva e ha rimesso la questione alle Sezioni unite [12].

Le Sezioni unite [13] hanno affermato che la responsabilità civile può perseguire plurime finalità che si pongono su piani differenti.

La finalità generale e prioritaria è compensativa: lo scopo è di reintegrare la sfera giuridica del danneggiato ponendolo nella situazione in cui si sarebbe trovato senza il fatto illecito.

La finalità generale e secondaria è preventiva (o deterrente o dissuasiva): lo scopo è anche quello di evitare la reiterazione del fatto illecito.

La finalità specifica ulteriore è sanzionatorio-punitiva: lo scopo è di "punire" il danneggiante mediante la condanna a corrispondere una somma superiore a quella necessaria per eliminare i pregiudizi conseguenti al fatto illecito. Tuttavia, ciò è ammesso nei soli casi in cui la legge lo consenta in coerenza, come sopra esposto [par. 2], con i limiti che la Costituzione pone nella conformazione delle regole di responsabilità (artt. 23 e 25). Nel nostro ordinamento sono previste molte fattispecie legali di danni punitivi [14-15].

---

[12] A. Di Majo, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 1854, ha espresso critiche nei confronti di questo orientamento, rilevando, alla luce di una una nozione più ristretta di ordine pubblico internazionale, che «*è da chiedersi se l'istituto della responsabilità civile, così come secolarmente radicato nel nostro ordinamento, venga a soffrire nella sua identità per l'introduzione di un prodotto giudiziale straniero che ne rappresenti una variante non insignificante*».

[13] Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 1660.

[14] A titolo esemplificativo: art. 158 della legge 22 aprile 1941, n. 633 e art. 125 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 (in materia di proprietà industriale); art. 12 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (in materia di risarcimento del danno a seguito di diffamazione a mezzo stampa); secondo alcuni, art. 709-*ter* cod. proc. civ., nn. 2 e 3, introdotto dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; art. 187-*undecies*, comma 2 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (in tema di intermediazione finanziaria); il decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3-5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva; art. 1815 cod. civ. (in tema di contratti di mutuo che prevedono interessi usurari).

[15] Corte cost. n. 152 del 2016 ha ritenuto non illegittimo il comma 3 dell'art. 96 cod. proc. civ. il quale prevede una forma di responsabilità punitiva nella parte in cui dispone che il giudice quando pronuncia sulle spese «*anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*» (F. Busnelli-E. D'Alessando, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e resp.*, 2012, 585).

Clicca per la scheda del libro

In questa cornice si è ritenuto, con riferimento specifico alle sentenze straniere di condanna ai cd. danni punitivi, che il principio di ordine pubblico abbia subito una profonda evoluzione, passando da «*complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici*» a «*sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione europea dall'art. 6 Tue*».

Ne consegue che il rispetto dell'ordine pubblico si risolve nel rispetto dell'ordine costituzionale. E quest'ultimo è rispettato se i danni punitivi hanno un fondamento legale imposto dagli artt. 23 e 25 Cost. Il che richiede che la condanna straniera a risarcimenti punitivi «*deve essere stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi*». In definitiva, deve esservi «*una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia "secondo principi e soluzioni" di quel Paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano*».

3.1. Struttura e funzione della responsabilità contrattuale

La responsabilità contrattuale rinviene la disciplina generale negli artt. 1218 e 1176 cod. civ. [cap. 15, par. 3].

Sul piano strutturale, essa presuppone, quale fonte delle obbligazioni (art. 1173 cod. civ.), un contratto o anche (costituendo l'espressione impiegata una sineddoche) altro atto o fatto idoneo a fare sorgere un rapporto giuridico costituito da un dovere specifico di prestazione o un dovere di protezione in capo al debitore e un diritto soggettivo relativo (diritto di credito) in capo al creditore.

Sul piano funzionale, la responsabilità contrattuale può perseguire plurime finalità.

La finalità generale e prioritaria è, anche in questo caso, compensativa.

La finalità specifica ulteriore sanzionatorio-punitiva è configurabile soltanto nei casi in cui vi sia una espressa previsione di legge: si pensi, a titolo esemplificativo, alla conversione del contratto di mutuo da oneroso a gratuito nel caso in cui le parti abbiano previsto l'obbligo di corrispondere interessi usurari (art. 1815 cod. civ.). Il principio di parità delle parti del contratto, quale proiezione del principio costituzionale di eguaglianza, esclude anche che esse possano prevedere, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, rimedi risarcitori di natura punitiva. La stessa norma che contempla la clausola penale (art. 1382 cod. civ.) deve essere interpretata nel senso di attribuire ai contraenti un potere che ha una finalità esclusivamente risarcitoria, come dimostra la previsione, attuativa del principio di buona fede oggettiva, del potere di riduzione d'ufficio da parte del giudice nel caso in cui l'ammontare della penale sia manifestamente eccessivo (art. 1384 cod. civ.).

È bene puntualizzare che la disciplina della responsabilità contrattuale trova applicazione, nei limiti della compatibilità e tenuto conto delle specifiche norme con-

Clicca per la scheda del libro

tenute nel Codice dei contratti pubblici [cap. 16], in presenza di un contratto dell'amministrazione. Nell'analisi che si sta svolgendo, invece, essa viene in rilievo, come si esporrà oltre [par. 4], quale modello di riferimento per la ricostruzione in generale del sistema della responsabilità della pubblica amministrazione.

4. Struttura e funzione della responsabilità civile della pubblica amministrazione

Occorre adesso stabilire quali siano la struttura e la funzione della responsabilità della pubblica amministrazione alla luce dei modelli civilistici sin qui esaminati.

Un primo orientamento[16] ritiene che essa sia inquadrabile nell'ambito del modello della responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 cod. civ., con applicazione del relativo regime giuridico.

Un secondo orientamento[17], invece, facendo leva sul "contatto" che si instaura, nell'ambito del procedimento amministrativo, tra il privato e la pubblica amministrazione, sostiene che si è in presenza di una responsabilità da "contatto sociale qualificato", assimilabile alla responsabilità contrattuale.

Un ultimo e preferibile orientamento[18], infine, ritiene che la responsabilità della pubblica amministrazione abbia natura speciale non riconducibile agli indicati modelli normativi di responsabilità, per le seguenti ragioni.

In primo luogo, rispetto alla responsabilità civile, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo. L'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve rispettare predefinite regole, procedimentali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione. L'esistenza di un contatto tra le parti, pubbliche e private, impedisce di

---

[16] Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271.

[17] Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, la quale ha affermato quanto segue.

«*A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, e della conseguente nuova concezione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, la responsabilità di quest'ultima per la lesione degli interessi procedimentali del privato si radica – a differenza di quanto deve ritenersi per il periodo precedente – nella violazione dei canoni contrattuali di correttezza e di buona fede*». Ne consegue che «*deve distinguersi tra la lesione dell'interesse oppositivo o pretensivo, o anche della mera integrità patrimoniale del cittadino (quando l'interesse sia soddisfatto, seppure in modo illegittimo), dovuta all'esercizio illegittimo o al mancato esercizio (silenzio inadempimento o rifiuto) dell'attività amministrativa, talché risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della pubblica amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale la suddetta posizione soggettiva del privato si correla, che dà luogo a responsabilità aquiliana* ex *art. 2043 c.c., dal danno derivante dalla violazione delle regole procedimentali dell'attività amministrativa medesima*». La lesione di tali regole, essendo riconducibile all'inadempimento del rapporto che si instaura in relazione all'obbligo imposto dalla normativa che regola il comportamento dell'amministrazione, «*assume, invero, un carattere del tutto autonomo rispetto al pregiudizio costituito dalla perdita sostanziale del bene della vita al quale il privato aspira, ed è, pertanto, inquadrabile – stante il contatto qualificato che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento – nella fattispecie della responsabilità di tipo contrattuale* ex *art. 1218 cod. civ.*».

[18] Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521.

Clicca per la scheda del libro

ritenere che si sia in presenza della responsabilità di un soggetto non avente alcun rapporto con la parte danneggiata.

In secondo luogo, rispetto alla responsabilità contrattuale, sono diverse le posizioni soggettive che si confrontano: da un lato, dovere di prestazione o di protezione e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo.

Infine, rispetto ad entrambe le responsabilità civilistiche, la stretta connessione esistente tra sindacato di validità sul potere discrezionale e sindacato di responsabilità sul comportamento impone al giudice amministrativo, nel caso in cui sia proposta anche l'azione di annullamento o di nullità, di non sovrapporre, nell'accertare la sussistenza del fatto illecito, proprie valutazioni a quelle riservate alla pubblica amministrazione.

In definitiva, la peculiarità dell'attività amministrativa – che deve svolgersi nel rispetto di determinate regole procedimentali, sostanziali e processuali – rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima.

Qualunque sia il modello di responsabilità applicabile, rimane ferma la funzione compensativa, deterrente e, nei casi previsti dalla legge, punitiva della responsabilità che, come esposto, rappresenta il dato comune ai sistemi di responsabilità esaminati.

Quella sin qui esposta non è una mera disquisizione teorica, in quanto l'individuazione della struttura della responsabilità condiziona anche alcuni aspetti della relativa disciplina [parr. 6-6.5.3].

5. I soggetti responsabili. La natura della responsabilità

L'individuazione dei soggetti responsabili presenta profili di complessità in quanto la pubblica amministrazione è una persona giuridica che agisce mediante organi [cap. 6, par. 2].

L'art. 28 Cost. prevede che «*i funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti*». In tali casi, «*la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*».

Un primo orientamento, non più attuale, riteneva che la responsabilità dell'amministrazione fosse una responsabilità indiretta o per fatto altrui[19] sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 2049 cod. civ., il quale dispone che «*i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei lori domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti*»[20]. Tale norma si basa sull'esistenza di un

[19] E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953.

[20] La Corte di Cassazione ritiene che «*il contenuto precettivo dell'art. 2049 cod. civ. viene sintetizzato nella locuzione per cui la responsabilità indiretta del committente per il fatto dannoso del dipendente postula l'esistenza di un nesso di "occasionalità necessaria" tra l'illecito e il rapporto che lega i due soggetti, nel senso che le mansioni affidate al dipendente abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento*

Clicca per la scheda del libro

rapporto di preposizione tra preponente e preposto che può sorgere in conseguenza sia di un contratto di lavoro subordinato che di un rapporto autonomo. La ragione della previsione è che chi beneficia dei vantaggi dell'opera altrui deve sopportarne anche le conseguenze sfavorevoli ("*cuius commoda, eius incommoda*").

Un secondo orientamento, prevalente, ritiene che si tratti di una responsabilità diretta della pubblica amministrazione. Il rapporto che lega i funzionari alla pubblica amministrazione è diverso da quello che intercorre tra committente e commesso. Non si è in presenza di un rapporto institorio ma di un rapporto di ufficio che consente l'operatività del meccanismo di imputazione giuridica all'amministrazione anche per i fatti illeciti commessi dagli organi che per essa agiscono [cap. 6, par. 3, per la nozione di rapporto di ufficio].

La Costituzione, con la norma sopra riportata, ha inteso aggiungere a tale responsabilità anche quella diretta dei funzionari. Si è, pertanto, in presenza di un sistema di "doppia responsabilità diretta".

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, il suddetto nesso di imputazione organica si spezza, con conseguente inconfigurabilità della responsabilità della pubblica amministrazione, nel caso in cui si accerta che il dipendente ha commesso un fatto di reato[21].

6. Gli elementi costitutivi della responsabilità

La natura speciale della responsabilità dell'amministrazione impone la trattazione dei suoi elementi costitutivi alla luce di quelli che caratterizzano la responsabilità sia civile sia contrattuale.

6.1. L'elemento oggettivo

Nella responsabilità civile di diritto privato il fatto che cagiona il danno deve consistere in un comportamento che non si inserisce nell'ambito di un pregresso rapporto obbligatorio. Manca, infatti, qualunque "contatto sociale qualificato" tra le parti ovvero questo è debole.

Nella responsabilità contrattuale l'elemento oggettivo è rappresentato dal comportamento del debitore che viola il dovere di prestazione che si inserisce nell'ambito del rapporto obbligatorio.

---

produttivo del danno, a nulla rilevando che tale comportamento si sia posto in modo autonomo nell'ambito dell'incarico o abbia addirittura ecceduto dai limiti di esso, magari in trasgressione degli ordini ricevuti». Il fondamento «*di siffatta regolamentazione è la scelta, di carattere squisitamente "politico", di porre a carico dell'impresa – come componente dei costi e dei rischi dell'attività economica – i danni cagionati da coloro della cui prestazione essa si avvale per il perseguimento della sua finalità di profitto, in conformità al brocardo per cui* ubi commoda, ibi incommoda» (Cass. civ., sez. III, 10 agosto 2016, n. 16887).

[21] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 29 aprile 2013, n. 2337.

Clicca per la scheda del libro

Nel diritto pubblico l'elemento oggettivo dipende, come sopra esposto, dalla tipologia di attività posta in essere. In questa sede, rileva la responsabilità conseguente all'adozione di un provvedimento amministrativo che si inserisce nell'ambito di un "contatto sociale qualificato" dallo svolgimento del procedimento amministrativo. Si deve trattare di un provvedimento che si accerta essere illegittimo.

Nel caso in cui venga in rilievo un provvedimento sfavorevole legittimo la questione assume connotati diversi e verrà esaminata nella parte dedicata alle regole di riparto della giurisdizione in materia di risarcimento del danno [cap. 25, par. 16.1].

6.2. L'elemento soggettivo

L'elemento soggettivo della responsabilità civile è costituito dal dolo o dalla colpa.

Il codice civile non fornisce una definizione di dolo o colpa. Si mutua, pertanto, la nozione fornita dal codice penale. L'art. 43 cod. pen. prevede che il reato: *i*) è doloso, o secondo l'intenzione «*quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione*»; *ii*) è colposo, o contro l'intenzione, «*quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia*» (colpa generica), ovvero «*per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*» (colpa specifica).

La questione più rilevante, anche per la sua maggiore frequenza in sede applicativa, è costituita dalla individuazione della nozione di colpa.

Nel diritto penale, la rimproverabilità del fatto all'autore è un requisito necessario per garantire il rispetto del principio costituzionale di colpevolezza (art. 27 Cost.).

Nel diritto civile, la colpa non è prevista quale requisito indefettibile ai fini della configurabilità della responsabilità, avendo il legislatore previsto anche forme di responsabilità oggettiva o presunta.

La colpa rileva come regola oggettiva di condotta che viene costruita secondo la tecnica della prevedibilità degli eventi, ma essa si atteggia in maniera diversa a seconda della tipologia di responsabilità, extracontrattuale o contrattuale.

Nell'ambito della responsabilità contrattuale, la colpa rileva sia come criterio di determinazione della prestazione sia come criterio di responsabilità. L'art. 1218 cod. civ., letto unitamente all'art. 1176 cod. civ., attribuisce natura soggettiva alla responsabilità che è, pertanto, fondata sulla colpa. Essa si presume: incombe sul debitore l'onere di provare che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile e che, quindi, la sua condotta è esente da colpa.

Nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, la colpa, mancando doveri specifici predefiniti di prestazione, rileva solo come criterio di responsabilità e può ritenersi accertata quando sussiste uno scarto tra la condotta concreta posta in essere dall'agente e la condotta tipizzata secondo le regole (di colpa generica o di colpa specifica) sopra indicate. Essa va provata dal soggetto danneggiato, insieme a tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità.

Clicca per la scheda del libro

Il legislatore ha previsto, tuttavia, ipotesi di responsabilità speciale nello stesso codice civile o in leggi di settore, che si discostano dal modello generale e che costituiscono forme di responsabilità oggettiva o responsabilità soggettiva presunta. La finalità è quella di dare rilevanza a particolari interessi soprattutto quando occorre tener conto della posizione del danneggiato (si pensi al consumatore nell'ambito della responsabilità da prodotto difettoso, di cui agli artt. 114-127 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206) ovvero della natura dell'attività svolta dal danneggiante (si pensi alla responsabilità da attività pericolosa, di cui all'art. 2050 cod. civ.[22]).

La ragione di questa diversità di regime risiede nel fatto che, mentre nella responsabilità contrattuale le parti hanno stipulato un contratto che, unitamente alle regole legali imperative, definisce le modalità di condotta cui devono attenersi i contraenti (per cui la mera violazione di queste regole giustifica l'applicazione del criterio presuntivo di colpa), nel caso della responsabilità civile la mancanza di un "contatto sociale" tra le parti e, dunque, di predefinite regole specifiche da rispettare giustifica l'applicazione del principio opposto che impone al danneggiato di dimostrare la colpa del danneggiante.

Nell'ambito del diritto amministrativo per molto tempo la giurisprudenza ha ritenuto che la responsabilità della pubblica amministrazione fosse una responsabilità di natura oggettiva, basata esclusivamente sulla violazione delle regole di validità del provvedimento amministrativo. In quest'ottica, si realizzava una perfetta coincidenza tra regole di validità e regole di responsabilità, per cui si riteneva sussistente la colpa della pubblica amministrazione per la sola violazione delle regole di disciplina del procedimento e del provvedimento amministrativo.

La giurisprudenza oggi consolidata ritiene che non sia sufficiente che l'amministrazione emani un atto illegittimo perché possa considerarsi responsabile dei danni subiti dal privato destinatario dell'atto, occorrendo anche la dimostrazione del dolo o della colpa[23]. La scelta interpretativa è stata, pertanto, quella di mantenere separate le regole di validità dell'atto dalle regole di responsabilità.

Al riguardo, il mutamento di indirizzo della Corte di Cassazione si è avuto con la nota sentenza 22 luglio 1999, n. 500, nella quale si è affermato chiaramente che dall'illegittimità di un atto non può più essere desunta l'illiceità della condotta posta in essere dall'amministrazione e, dunque, la sua responsabilità. Al contrario, la pubblica amministrazione risponde «*come apparato*» e «*la colpa sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione*», poiché si tratta «*di limiti esterni della discrezionalità* (...) *verificabili dal giudice*».

Questo arresto giurisprudenziale è stato ritenuto anch'esso non soddisfacente, in

[22] Tale norma prevede che «*chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*».

[23] Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4226.

Clicca per la scheda del libro

quanto sembrava far coincidere la colpa con la violazione di regole che presiedono all'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo[24].

La successiva evoluzione giurisprudenziale, seguita soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa dopo il riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo, ha chiaramente affrancato la illiceità derivante da colpa dalla illegittimità dell'atto. In questa nuova prospettiva, l'accertamento della colpa deve essere svolto avendo riguardo alla condotta del singolo funzionario che pone in essere l'attività amministrativa violando gli standard di condotta definiti dalle regole di diligenza.

Rimane, però, da chiarire su chi gravi l'onere di provare la colpa della pubblica amministrazione.

Si tratta di una questione la cui soluzione dipende dalla natura giuridica riconosciuta a tale responsabilità: *i*) se si sostiene che la responsabilità della pubblica amministrazione abbia natura aquiliana, grava sul soggetto danneggiato l'onere di provare l'elemento soggettivo; *ii*) se si sostiene che la responsabilità della pubblica amministrazione abbia natura contrattuale, la colpa si presume e sarà la stessa pubblica amministrazione a dover dimostrare di aver tenuto un comportamento esente da colpa.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni è ormai costante nell'affermare che l'illegittimità dell'atto amministrativo (e, quindi, l'accertamento della regola di validità) fa presumere la sussistenza della colpa (e, dunque, della regola di responsabilità).

Tale presunzione può essere superata qualora ricorrano gli estremi del cosiddetto errore scusabile, che deve essere provato dalla pubblica amministrazione[25].

La stessa giurisprudenza ha contribuito a tipizzare alcune situazioni la cui ricorrenza può indurre a ritenere che l'emanazione dell'atto illegittimo sia stata determinata da un errore scusabile. In particolare, si ritiene costantemente che integri gli estremi dell'esimente da responsabilità l'esistenza di: *i*) una formulazione incerta di disposizioni da poco entrate in vigore; *ii*) contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma; *iii*) una rilevante complessità del fatto; *iv*) una illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata[26].

Dall'esemplificazione casistica emerge come la giurisprudenza finisca per richiedere, per aversi responsabilità, che il vizio sia grave: la mera violazione di una norma comporta illegittimità dell'atto mentre la violazione di una norma chiara comporta responsabilità per colpa.

L'analisi di questa ricostruzione in una prospettiva generale induce a ritenere che il giudice amministrativo confermi la specialità della responsabilità dell'amministrazione e la sua maggiore vicinanza alla responsabilità contrattuale.

---

[24] E. Scotti, *Appunti per una responsabilità dell'amministrazione tra realtà ed uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009; F. Trimarchi Banfi, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimentale*, in *Dir. amm.*, 2008, 67; Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012.

[25] Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2018, n. 2197.

[26] Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452; Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2013, n. 798; Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114.

Clicca per la scheda del libro

La presunzione di responsabilità si spiega in quanto, a differenza di quanto accade nella responsabilità civile di diritto privato, tra autorità pubblica e privato esiste un contatto sociale che si realizza nell'ambito del procedimento amministrativo. Questo contatto è governato da regole di diritto pubblico imperative che scandiscono le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa, con la conseguenza che se tali regole sono violate, come avviene nell'ambito della responsabilità contrattuale, si giustifica il meccanismo presuntivo di responsabilità. Resta, comunque, una responsabilità speciale, non pienamente assimilabile alla responsabilità contrattuale in quanto mentre nel diritto privato il debitore può dimostrare qualsiasi causa di esonero da responsabilità, nel diritto amministrativo la giurisprudenza ha tipizzato le cause di esonero da responsabilità della pubblica amministrazione.

Nel solo settore degli appalti pubblici la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con orientamento seguito dal Consiglio di Stato[27], ha sancito, invece, il principio della sovrapposizione tra regole di validità e regole di responsabilità. Non rileva, pertanto, ai fini della configurabilità della responsabilità della stazione appaltante, l'elemento soggettivo della colpevolezza essendo sufficiente la sola violazione della regola di validità. La giurisprudenza europea, imponendo il rispetto di tale interpretazione, ha derogato al principio generale che, in ossequio alla regola dell'autonomia processuale degli Stati membri, demanda ad essi la possibilità di stabilire quali sono gli elementi costitutivi delle singole azioni proponibili nel processo [cap. 4, par. 12].

La deroga si giustifica nell'ottica del rispetto dei principi a tutela della concorrenza e, dunque, dei valori sottesi di libera circolazione delle persone e delle merci. Si vuole, infatti, che nel settore degli appalti gli operatori economici non incontrino ostacoli all'accesso al mercato [cap. 16, par. 2].

La ragione giustificativa della deroga, strettamente connessa al settore dei contratti pubblici, impedisce che l'orientamento della Corte di Giustizia sia suscettibile di generalizzazione mediante applicazione anche in altri ambiti del diritto pubblico.

6.3. Il danno ingiusto

L'art. 1151 cod. civ. del 1865 stabiliva che «*qualunque fatto dell'uomo, che arreca danni ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*».

Gli interpreti dell'epoca, nonostante la mancanza di un'esplicita indicazione normativa, ritenevano che il fatto lesivo, affinché fosse idoneo a determinare la nascita di un obbligo risarcitorio, dovesse essere qualificato come ingiusto.

In tale ottica, ingiusti venivano catalogati i comportamenti umani che violavano il dovere generale del *neminem laedere*, inteso come formula riassuntiva di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno dalle singole disposizioni di legge previste nell'ordinamento.

---

[27] Corte giust. un. eur., sentenza 30 settembre 2010, causa 214-2009; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833; Cons. Stato, 8 novembre 2012, n. 5686.

Clicca per la scheda del libro

L'art. 1151, così interpretato, assegnava ai fatti illeciti una fisionomia essenzialmente tipica in quanto finiva per assolvere una funzione sanzionatoria di atti colpevoli posti in essere in violazione di specifiche norme primarie.

Nonostante il legislatore del 1942 nel formulare l'art. 2043 cod. civ. abbia fatto espresso riferimento al requisito sostanziale dell'ingiustizia del danno (e non del fatto), la dottrina dominante per lungo tempo è rimasta fedele alla costruzione dogmatica degli atti illeciti così come delineatasi nel corso della vigenza del codice civile del 1865.

Soltanto agli inizi degli anni Sessanta si è diffusa una nuova concezione della responsabilità civile, più aderente alle esigenze poste da una realtà sociale in continuo sviluppo e più rispettosa del dato letterale di cui all'art. 2043 cod. civ., che ha proposto una trasposizione concettuale del requisito dell'ingiustizia dal fatto al danno.

Da tale nuova impostazione ricostruttiva è derivata, quale logica conseguenza, una configurazione dell'obbligo risarcitorio inteso non più come strumento sanzionatorio di un comportamento lesivo di specifici doveri giuridici, bensì quale strumento atto a rimediare al danno ingiusto sofferto dalla vittima dell'azione illecita.

L'art. 2043 cod. civ. ha assunto, pertanto, i connotati di una clausola generale contenente una fattispecie complessa, dotata di propria autonomia funzionale, per la cui integrazione non è più necessario valutare la preesistente sussistenza della violazione di doveri imposti da altre norme del sistema, bensì è necessario verificare che il comportamento posto in essere abbia in concreto prodotto un danno ingiusto.

La nuova concezione della responsabilità civile, proposta dalla dottrina in esame, avrebbe dovuto permettere la protezione di tutte quelle situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela secondo le esigenze e i valori emergenti dal contesto storico e sociale di riferimento.

Tuttavia, la costante giurisprudenza di legittimità per lungo tempo ha delimitato fortemente l'area dei danni risarcibili, ritenendo che potesse qualificarsi ingiusto (*non iure* e *contra ius*) solo il danno nascente dalla lesione di diritti soggettivi assoluti.

Intorno agli anni Settanta la Corte di Cassazione, stemperando in parte la rigidità di tale assunto, ha riconosciuto, in presenza di determinati presupposti, protezione giuridica *ex* art. 2043 cod. civ. anche ai diritti soggettivi relativi lesi da condotte illecite provenienti da soggetti estranei al rapporto obbligatorio[28]. Da qui, il passo volto ad accordare tutela ad interessi giuridici non ascrivibili alla categoria dei diritti soggettivi in senso tecnico è stato breve. Si pensi, a titolo esemplificativo, al riconoscimento del risarcimento del danno in caso di morte cagionata dal fatto del terzo, dapprima ai soli congiunti della vittima che fossero titolari di un diritto di credito agli alimenti e, successivamente, anche ai familiari che, di fatto, avevano percepito, durante la vita del defunto, un concreto e costante beneficio di natura economica.

La tendenza al superamento dei ristretti confini del diritto soggettivo è espressa in termini paradigmatici da alcune pronunce della Corte di Cassazione che hanno ri-

[28] Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174.

Clicca per la scheda del libro

condotto, utilizzando una lata locuzione, nel campo applicativo degli atti illeciti anche il cd. «*diritto all'integrità del patrimonio*» [29].

Lungo questa linea di sviluppo si pone, altresì, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ricomprende nell'ambito della tutela aquiliana il danno ingiusto conseguente alla lesione del possesso, che costituisce una situazione di fatto giuridicamente rilevante [cap. 5, par. 2].

Negli ultimi anni, in alcuni settori, si sta assistendo al riconoscimento della responsabilità anche a prescindere dall'accertamento della sussistenza di una posizione giuridica meritevole di tutela e, dunque, di un danno evento. L'esigenza solidaristica di tutela conduce, infatti, a riconoscere il risarcimento del danno anche in tali casi. Per mantenere fermo il modello, in alcuni casi si ritiene configurabile, quale situazione tutelata, la mera "integrità del patrimonio" [30].

Nel diritto amministrativo si è posto il problema della risarcibilità dell'interesse legittimo. Nonostante esso fosse ritenuto una posizione soggettiva di rilevanza sostanziale, in un primo momento, la Corte di Cassazione, alla luce dell'interpretazione restrittiva, sopra esposta, dell'art. 2043 cod. civ., ha escluso che la nozione di danno ingiusto ricomprendesse l'interesse legittimo.

L'affermazione, però, richiede una precisazione.

Si ritenevano, invero, risarcibili i soli interessi legittimi oppositivi che venivano "mascherati" da diritti soggettivi mediante il meccanismo del cosiddetto affievolimento.

Il modulo procedimentale era il seguente: *i*) l'adozione di un provvedimento autoritativo, incidendo negativamente su una posizione di diritto soggettivo, ne determinava la compressione trasformandola in interesse legittimo; *ii*) la sentenza di annullamento dell'atto invalido comportava, in virtù della sua efficacia retroattiva, la riespansione del diritto ingiustamente degradato; *iii*) il privato, reintegrato nella titolarità dell'originaria situazione giuridica, poteva così adire il giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno. Si aveva, quindi, una doppia tutela: il privato, una volta ottenuto l'annullamento del provvedimento illegittimo da parte del giudice amministrativo, poteva ottenere, davanti al giudice ordinario, il risarcimento del danno per lesione di quello che, di fatto, era un diritto soggettivo. In questo contesto, quindi, la cd. pregiudiziale amministrativa e, cioè, il previo annullamento dell'atto amministrativo aveva lo scopo di consentire il funzionamento del suddetto meccanismo [cap. 26, par. 10.6, sul rapporto tra annullamento e risarcimento].

L'impossibilità di risarcire la lesione di interessi legittimi pretensivi era basata, oltre che sulla sovraesposta concezione ristretta della locuzione danno ingiusto *ex* art. 2043 cod. civ., sul rilievo per cui, sul piano processuale, fino alla riforma del 2000, non

---

[29] Cass. civ., sez. un., ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586; Cass. civ., sez. III, 4 maggio 1982, n. 2765.

[30] Cass. civ., sez. un. 4 settembre 2015, n. 4226, con riferimento al risarcimento del danno da provvedimento favorevole illegittimo [cap. 25, par. 16.1, per il riparto di giurisdizione]; [si v. anche par. 6.4.1 in relazione al danno da perdita di chance].

Clicca per la scheda del libro

vi era alcun giudice competente a pronunciarsi sulla domanda risarcitoria. In particolare, il giudice amministrativo non aveva il potere di condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno e il giudice ordinario non aveva cognizione sugli interessi legittimi.

Una rivisitazione della questione del risarcimento degli interessi legittimi si è avuta con la citata sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 500 del 1999, la quale ha riconosciuto la risarcibilità anche degli interessi legittimi, siano essi pretensivi ovvero oppositivi.

In tale pronuncia, le Sezioni unite hanno affermato che caratteristica del fatto illecito è la sua atipicità, specificando che «*potrà pervenirsi al risarcimento del danno soltanto se l'attività illegittima della pubblica amministrazione abbia determinato la lesione di un bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega e che risulti meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento*».

L'interesse legittimo consiste, pertanto, in una posizione giuridica soggettiva di vantaggio attribuita ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene [cap. 5, par. 4, sulla nozione di interesse legittimo].

Ne consegue che esso, se leso, rientra nella nozione di "danno ingiusto" di cui all'art. 2043 cod. civ. In quest'ottica, quindi, la lesione della posizione giuridica soggettiva che è fonte di danno ingiusto «*può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento*».

Nella ricostruzione delle regole di responsabilità rimane, in ogni caso, rilevante la distinzione tra interessi pretensivi e oppositivi ai fini, tra l'altro, dell'accertamento del rapporto di causalità materiale che risulta necessario soltanto per i primi [par. 6.4].

Sul piano processuale le Sezioni unite, con la sentenza sopra citata, hanno qualificato il diritto al risarcimento del danno come un autonomo diritto soggettivo, distinto dalla posizione giuridica soggettiva lesa, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Secondo tale impostazione non è, quindi, più necessaria la "pregiudiziale amministrativa", potendo il giudice ordinario conoscere *incidenter tantum* della legittimità del provvedimento amministrativo.

Successivamente è stata emanata la legge 21 luglio 2000, n. 205, la quale ha previsto che «*il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*» (art. 7). La Corte Costituzionale[31] ha ritenuto la previsione conforme a Costituzione in quanto l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare al risarcimento dei danni non costituisce una nuova materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma solo uno strumento di tutela, necessario per assicurare al privato leso una tutela piena ed effettiva [cap. 25, par. 16].

[31] Corte cost. n. 204 del 2004.

Clicca per la scheda del libro

È bene, infine, aggiungere che queste conclusioni non mutano anche se si inquadra la responsabilità della pubblica amministrazione in un ambito sistematico "più vicino" a quello della responsabilità contrattuale.

Anche in relazione a tale forma di responsabilità viene in rilievo la violazione di una posizione soggettiva inserita nell'ambito di un rapporto giuridico determinato che è normalmente una posizione di diritto soggettivo ma può anche essere una posizione di interesse legittimo.

In definitiva, la nozione di "danno ingiusto", inteso come lesione di una posizione soggettiva, è propria non solo della responsabilità extracontrattuale ma anche di quella contrattuale.

6.4. Il rapporto di causalità

La specialità del modello della responsabilità della pubblica amministrazione incide sulla ricostruzione del rapporto di causalità, assegnandogli una valenza non del tutto riconducibile alle teorie elaborate in ambito civilistico[32].

L'accertamento del rapporto di causalità presuppone una previa illustrazione degli orientamenti espressi in ambito civilistico in relazione al modello della responsabilità civile e contrattuale, distinguendo la causalità materiale[33], la causalità giuridica e la regola probatoria.

Il codice civile non detta regole di disciplina specifica di tale rapporto: l'art. 2043 cod. civ. contiene, infatti, un generico riferimento alla causalità materiale nella parte in cui utilizza l'espressione «*cagiona*» per collegare il fatto doloso o colposo con il danno ingiusto[34].

La giurisprudenza e la dottrina civilistica hanno, pertanto, mutuato l'elaborazione penalistica e le regole contenute negli artt. 40 e 41 cod. pen.

L'art. 40 cod. pen. dispone che «*nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione*».

L'art. 41 cod. pen., la cui rubrica reca «*concorso di cause*», prevede che: *i*) «*il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento*» (comma 1); *ii*) «*le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento*»; «*in tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica*

[32] In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792.

[33] Cass civ., sez. III, 29 febbraio 2016, n. 3893, ha criticato questa qualificazione, mettendo in rilievo che si tratta di una «*causalità giuridica quantomeno in ragione dell'essere essa rilevante per il diritto*»; tale sentenza, che verrà richiamata anche oltre, ritiene, in linea con l'orientamento dominante, che quella che viene normalmente definita "causalità giuridica" non sia una vera e propria causalità.

[34] G. Visentini, *Causalità e danno*, in *Contr. e impr.*, 2015, 262.

Clicca per la scheda del libro

la pena per questo stabilita» (comma 2); *iii*) «*le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui*» (comma 3).

Nel diritto penale l'analisi del fenomeno causale, alla luce della normativa sopra esposta, viene effettuata distinguendo la causalità materiale e la causalità giuridica.

La causalità materiale, cui fa riferimento l'art. 40 cod. pen., viene spiegata mediante la cosiddetta teoria condizionalistica, la quale presuppone l'effettuazione di un giudizio controfattuale finalizzato a stabilire se, eliminando o, negli illeciti omissivi, aggiungendo quella determinata condotta, l'evento si sarebbe ugualmente verificato. In questa prospettiva, tutte le condizioni che cagionano l'evento sono considerate egualmente causali. I commi 1 e 3 dell'art. 41 cod. pen. vengono considerati anch'essi espressione della teoria condizionalistica nella parte in cui, proprio in ragione del principio dell'equivalenza delle cause, escludono la rilevanza interruttiva del nesso di causalità da parte di concause preesistenti, simultanee o sopravvenute.

La teoria in esame può funzionare nel caso in cui si sappia già se quella condotta abbia o meno efficacia causale.

Nei casi in cui ciò non accada, il modello condizionalistico va integrato con il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura le quali impongono una articolazione della spiegazione del nesso causale in chiave generalizzante e in chiave individualizzante.

In relazione al primo aspetto, si ricorre alle cd. leggi universali ovvero, essendo queste rare, alle cd. leggi statistiche, le quali consentono di affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con frequenza relativa.

In relazione al secondo aspetto, è necessario collocare l'accertamento causale così svolto nell'ambito del singolo accadimento concreto e verificare se si siano realizzati "decorsi causali alternativi". L'accertamento causale avviene, pertanto, mediante non leggi statistiche ma leggi dotate di alto grado di credibilità razionale o probabilità logica. Può, infatti, accadere che una legge statistica dotata di un basso livello di conferma diventi, alla luce delle circostanze del caso concreto, dotata di un alto grado di credibilità razionale.

La causalità giuridica, secondo un orientamento interpretativo, si fonderebbe sul comma 2 dell'art. 41 cod. pen.[35].

In particolare, si afferma che la sola applicazione della teoria condizionalistica comporterebbe un eccessivo rigore nell'accertamento causale. Per queste ragioni sono state elaborate ulteriori teorie che, muovendo sempre dal modello condizionalistico, tentano di correggerlo attraverso l'applicazione di criteri di delimitazione del nesso di imputazione.

Si tratta delle teorie della causalità umana, della causalità adeguata e dell'aumen-

[35] Per l'esposizione di tali orientamenti si v. G. Canzio, *La causalità tra diritto e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 1971 ss.

Clicca per la scheda del libro

to del rischio, che assegnano, in modo differente, valenza interruttiva del nesso causale a fattori sopravvenuti.

In sintesi, può affermarsi che la prima ritiene che il rapporto di causalità materiale sia interrotto dalla sopravvenienza di un fattore eccezionale; la seconda ritiene che la causalità che rileva giuridicamente sia quella cd. adeguata secondo un giudizio prognostico *ex ante*; la terza ritiene che la condotta sia causa dell'evento soltanto quando abbia aumentato il rischio di realizzazione dell'evento stesso [36].

Il giudice penale, in applicazione delle riportate regole, dovrà, nel processo, accertare la responsabilità "al di là di ogni ragionevole dubbio" [37].

Nel diritto civile, nell'ambito della responsabilità civile, mutuando gli orientamenti penalistici, si distinguono la causalità materiale e la causalità giuridica.

In relazione alla causalità materiale, la giurisprudenza ha costruito un procedimento bifasico funzionale al suo accertamento.

La prima fase fa applicazione della cosiddetta teoria condizionalistica, la quale, come sottolineato, presuppone l'effettuazione di un giudizio controfattuale finalizzato a stabilire se, eliminando o, negli illeciti omissivi, aggiungendo quella determinata condotta, l'evento si sarebbe ugualmente verificato. La suddetta ricostruzione deve essere integrata con la teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura (universali o statistiche) nelle ipotesi in cui, alla luce delle conoscenze specialistiche di quel determinato momento storico, non è dato sapere se quella condotta possa avere efficacia causale nella determinazione del danno.

La seconda fase è finalizzata a delimitare il nesso causale in modo da assegnare valenza eziologica, in applicazione della cd. teoria della causalità adeguata elaborata in ambito penale, soltanto a quelle condotte che sono idonee, secondo un giudizio prognostico *ex ante*, a cagionare quel determinato evento.

La Corte di Cassazione ha affermato, infatti, che «*dapprima, mediante la teoria della* condicio sine qua non*, si procede alla individuazione di tutte le cause di un determinato evento; successivamente, procedendo lungo la strada che conduce alla ipotetica interruzione del nesso di causalità, si provvede a circoscrivere ad alcune soltanto, tra le molteplici cause condizionanti di ciascun evento, la possibile eziogenesi dello stesso*» [38].

Il giudice civile dovrà, in applicazione dei principi esposti, accertare la sussistenza del nesso di causalità materiale secondo la regola probatoria del "più probabile che non" [39].

---

[36] Nel diritto penale questa teoria è stata applicata con frequenza negli ultimi anni soprattutto nel settore della responsabilità medica. Essa è stata modellata sulla cd. teoria della competenza che impone che ciascun operatore assuma il rischio che rientra nell'ambito della propria competenza e non anche il rischio altrui sulla base del principio di affidamento.

[37] Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese.

[38] Cass. civ, sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.

[39] Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581.

Clicca per la scheda del libro

La modalità di svolgimento dell'accertamento istruttorio costituisce la principale differenza rispetto alla responsabilità penale, nell'ambito della quale la diversità di beni giuridici tutelati impone, come sottolineato, che l'autore del reato venga individuato "al di là di ogni ragionevole dubbio" [40].

Così ricostruito il rapporto di causalità materiale, occorre poi valutare la cosiddetta causalità giuridica.

La norma di riferimento è l'art. 1223 cod. civ., dettata nell'ambito della responsabilità contrattuale, ma applicabile a quello extracontrattuale in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 2056 cod. civ. Tale norma dispone che «*il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*».

A tale proposito, la Corte di Cassazione segue due diversi orientamenti.

Un primo orientamento, che sembra prevalente [41], ritiene che le disposizioni richiamate non pongano una vera e propria regola causale bensì prevedano criteri di determinazione del danno risarcibile in applicazione della teoria della causalità adeguata, che impone di considerare danni conseguenza risarcibili solo quelli riconducibili al fatto illecito secondo principi di regolarità causale, che fanno applicazione del criterio dell'*id quod plerumque accidit*. In questa ottica, la giurisprudenza ritiene risarcibile anche il danno mediato o indiretto, purché sia prodotto da una sequela normale di eventi che traggono origine dal fatto originario [42-43].

Un secondo orientamento, seguito dalla Corte di Cassazione con la nota sentenza sul caso Mondadori [44], ha ritenuto, invece, che anche questa seconda fase debba essere ricondotta nell'ambito del rapporto di causalità in senso tecnico. A tale proposito, si mettono in rilievo le incongruenze della prima ricostruzione che, applicando la teoria della causalità adeguata che è propria della causalità materiale, poi è costretta ad ammettere anche il risarcimento dei danni mediati e indiretti in contrasto con la dizione letterale della norma che consente soltanto il risarcimento dei danni immediati e diretti. Si ritiene, pertanto, che la regola causale sia quella già contenuta nella suddetta norma e che la stessa debba essere accertata secondo la regola probatoria del "più probabile che non". L'adesione a questa ricostruzione giustifica una lettura unitaria delle due fasi che il primo orientamento mantiene separate e, dal punto di vista applicativo, comporta che può essere risarcito anche il danno-conseguenza sta-

---

[40] Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese.

[41] Cass. civ., sez. III, n. 3893 del 2016, cit.

[42] Cass. civ., sez. III, 4 luglio 2006, n. 15274; Cass. civ., sez. III, 19 agosto 2003, n. 12124.

[43] Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2012, n. 6474, la quale, in particolare, afferma che il criterio in base al quale sono risarcibili i danni conseguiti in via diretta e immediata dall'inadempimento, deve intendersi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, in modo da comprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati, che si presentino come effetto normale dell'inadempimento, secondo il principio della cd. regolarità causale (o teoria della causalità adeguata).

[44] Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255.

Clicca per la scheda del libro

tisticamente eccezionale che sia, secondo il criterio del "più probabile che non", direttamente e immediatamente riconducibile all'evento danno[45].

Nel modello della responsabilità contrattuale non è necessario ricorrere alle teorie elaborate per ricostruire il nesso di causalità materiale, in quanto, sussistendo un rapporto giuridico tra creditore e debitore, si conosce già l'autore dell'illecito. Si potrebbe, invero, anche ritenere che in questo caso la causalità materiale sia finalizzata ad accertare la idoneità della condotta a violare le posizioni soggettive inserite nell'ambito del rapporto obbligatorio[46].

In questo ambito rileva, certamente, il nesso di causalità giuridica che ha lo scopo di determinare i pregiudizi effettivamente subiti dal danneggiato (art. 1223 cod. civ.). Si ripropone la contrapposizione di orientamenti giurisprudenziali sopra riportati.

Nel diritto amministrativo, la normale esistenza di un rapporto, che si instaura nell'ambito di un procedimento amministrativo, tra pubblica amministrazione e privato induce a ritenere che anche in questo caso, come in presenza di illeciti contrattuali, non sia necessario individuare l'autore del fatto lesivo.

Si potrebbe, invero, ritenere che, come nell'ipotesi della responsabilità contrattuale, la causalità materiale sia necessaria al fine di valutare se la condotta della pubblica amministrazione sia stata idonea a ledere la posizione soggettiva di interesse legittimo.

Occorre distinguere l'interesse legittimo pretensivo e oppositivo.

Nel caso di interesse legittimo pretensivo, che costituisce una posizione soggettiva che tende ad acquisire un bene della vita [cap. 5, par. 4], l'accertamento della sua lesione – in ragione della stretta connessione con il potere pubblico – richiede l'effettuazione di un giudizio prognostico mediante il ricorso alla teoria condizionalistica, integrata, ove occorra, dal modello della sussunzione sotto leggi scientifiche e corretta dalla teoria della causalità adeguata.

Al riguardo si possono distinguere tre fattispecie[47].

La prima fattispecie ricorre nel caso in cui la parte abbia proposto sia l'azione di invalidità sia l'azione di responsabilità e l'esito del giudizio amministrativo di annullamento di un determinato provvedimento consenta, in presenza di attività amministrativa discrezionale, il riesercizio di poteri amministrativi. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'annullamento di un rigetto di una domanda di autorizzazione paesaggistica per un vizio di motivazione con possibilità di riesercizio del potere, che mantiene profili di discrezionalità non consumati.

In queste ipotesi la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha costantemente ritenuto che il giudice amministrativo non possa effettuare, per evitare di invadere sfere

---

[45] M. Bona, Tortious interference with business relationships, *rimedio effettivo, "nuova" (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*, in *Corr. giur.*, 2014, 489 ss.

[46] Si pensi, a titolo esemplificativo, all'esigenza di accertare se, in presenza di un contratto, la condotta del medico sia stata causalmente idonea a cagionare quel determinato danno ingiusto.

[47] Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792.

Clicca per la scheda del libro

di valutazione che la Costituzione riserva alla pubblica amministrazione, il predetto giudizio prognostico. Si ritiene, infatti, necessario attendere che l'amministrazione rinnovi il procedimento emendato dal vizio riscontrato in sede giudiziale e, soltanto se all'esito di tale giudizio si accerta che il privato aveva "diritto" a quel determinato bene della vita, sarà possibile ottenere, ricorrendo gli altri presupposti, il risarcimento del danno. Si tratterà di un risarcimento del danno da ritardo, per aver il privato ottenuto il bene della vita cui legittimamente aspirava oltre il termine previsto dalla legge per l'adozione dell'atto richiesto [par. 8]. In questo caso, pertanto, la regola probatoria applicata per la condanna al risarcimento del danno è quella della "certezza" [48].

La seconda fattispecie ricorre nel caso in cui l'azione amministrativa è vincolata ovvero è discrezionale ma la discrezionalità è stata esaurita ed il privato chiede la condanna al risarcimento del danno, in via autonoma ovvero unitamente all'azione di invalidità. In questo caso il giudice può condannare direttamente la pubblica amministrazione al risarcimento del danno, facendo applicazione della regola probatoria della "certezza". Non si pone, infatti, la necessità di assicurare il principio di separazione dei poteri ed il giudice, dovendo solo applicare la legge, può stabilire se il privato aveva diritto al bene della vita cui aspirava.

La terza fattispecie ricorre nel caso in cui la parte abbia proposto un'autonoma azione di responsabilità e si sia in presenza di attività amministrativa discrezionale. In questa ipotesi il giudice amministrativo, senza il rischio di sovrapporre il proprio giudizio alle valutazioni dell'autorità pubblica, deve effettuare un giudizio prognostico applicando, con gli esposti adattamenti, le regole elaborate in ambito civilistico per ricostruire il nesso di causalità. Occorre, pertanto, accertare se vi è stato danno ingiusto valutando se, in applicazione della teoria condizionalistica e della causalità adeguata, è "più probabile che non" che l'azione o l'omissione della pubblica amministrazione siano state idonee a cagionare l'evento lesivo. Si tenga conto che, nei casi in cui sia stata proposta azione autonoma di responsabilità, il giudice amministrativo può ridurre il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. se risulta contraria a buona fede la omessa proposizione dell'azione di invalidità dell'atto [cap. 26, 10.6].

Nel caso in cui vengano in rilievo interessi legittimi oppositivi la finalità conservativa del bene della vita, che in quanto tale preesiste al fatto illecito, non impone la necessità di effettuare un giudizio prognostico secondo le regole causali sin qui esposte. In queste ipotesi, infatti, vi è una stretta connessione tra posizione soggettiva e bene prima che l'amministrazione eserciti il potere restrittivo.

6.4.1. Il risarcimento del danno da perdita di *chance*

La *chance* è una figura di creazione giurisprudenziale che è stata elaborata al fine di venire incontro alle esigenze di tutela della parte nel caso in cui la prova del fatto illecito sia sostanzialmente impossibile.

---

[48] Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6260; Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4452; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1781; Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854.

Clicca per la scheda del libro

La perdita di *chance* persegue, dunque, lo scopo di superare l'ostacolo di provare cosa sarebbe accaduto in mancanza della condotta antigiuridica proprio perché quest'ultima non ha consentito il dispiegarsi di quella possibilità.

Il campo di elezione è rappresentato dagli illeciti omissivi, sia in ambito civile (in particolare nel terreno della responsabilità medica), sia in ambito amministrativo (in particolare nel settore delle progressioni in carriera e delle procedure concorsuali e di gara).

In relazione a questa tematica non sussistono orientamenti univoci in dottrina e in giurisprudenza ma si possono, per fini di ordine espositivo, distinguere tre diverse ricostruzioni.

La prima ricostruzione, prevalente, sostiene la cd. concezione ontologica della *chance*, che va analizzata avendo presenti le nozioni di danno-evento, danno-conseguenza e di regola probatoria [49].

Nella prospettiva del danno-evento, la *chance* costituisce un bene autonomo suscettibile di valutazione economica da intendere come "perdita della possibilità di conseguire un risultato utile" che impone di accertare il nesso di causalità materiale tra la prima condotta e il predetto danno ingiusto. Si effettua una sorta di reificazione della *chance*. È opportuno da subito mettere in rilievo come non viene individuata una chiara situazione giuridica ma si tratta la *chance* come un bene.

La diversità rispetto alle ordinarie forme di responsabilità è costituita dalla diversità del danno evento, che, ad esempio, nel caso della responsabilità medica, è rappresentato dalla lesione del "diritto alla salute" (causalità ordinaria) e dalla lesione "della possibilità di conseguire la guarigione" (causalità da *chance*). Ne consegue che il nesso di causalità materiale va ricostruito secondo le ordinarie regole sopra esposte, cambiando solamente il danno evento, consistente nella "perdita della possibilità di conseguire un risultato utile".

Nella prospettiva del danno-conseguenza, la *chance*, essendo una posta attiva già presente nel patrimonio del danneggiato, viene in rilievo come danno emergente.

Nella prospettiva della regola probatoria, essa impone, così come avviene in presenza di una ordinaria causalità, di accertare il nesso eziologico materiale secondo il canone del "più probabile che non" ovvero, per l'orientamento che assume che tale regola non operi per la causalità giuridica, secondo la regola della causalità adeguata finalizzata a determinare i danni risarcibili.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente, fatto proprio da una importante sentenza della Corte di Cassazione [50], ritiene che tale prova non richiede che si raggiungano determinate percentuali di verificazione dell'occasione perduta essendo sufficiente che si dimostri la lesione, in sé, della *chance*. L'elemento percentuale, e dunque l'idoneità della *chance* a produrre il risultato utile, viene in rilievo nella fase della determinazione del danno sicché tali percentuali di verificazione del risul-

[49] Cass. civ., sez. lav., 27 giugno 2007, n. 14820.

[50] Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195.

Clicca per la scheda del libro

tato utile incidono sulla somma spettante al danneggiato. In altri termini, «*il problema dell'incertezza, che è insito nel bene, viene spostato alla fase del giudizio che verte sulla liquidazione del danno, dove potrà trovare soluzione anche con metodo probabilistico*»[51].

La seconda ricostruzione, minoritaria, sostiene la cd. concezione eziologica, che va analizzata anch'essa avendo presenti le nozioni di danno-evento, danno-conseguenza e di regola probatoria[52].

Nella prospettiva del danno-evento, la *chance* viene considerata come "perdita di un risultato utile" che impone di accertare il nesso di causalità materiale attraverso la prova da parte del danneggiato che, in assenza del comportamento illecito, egli avrebbe ottenuto il bene anelato con un grado di probabilità non inferiore al cinquanta per cento. È bene precisare che in alcune sentenze non viene indicato il dato percentuale ma si ammette la risarcibilità quando l'occasione perduta si presenta assistita da considerevoli possibilità o «*elevata probabilità*» di successo[53].

Nella prospettiva del danno-conseguenza, la *chance* non è presente nel patrimonio del danneggiato e, dunque, viene in rilievo come lucro cessante che è una forma di danno futuro.

Nella prospettiva della regola probatoria, vale quanto già rilevato con riferimento alla prima ricostruzione.

L'adesione a questo secondo orientamento implica maggiori difficoltà per la parte sul piano probatorio atteso che l'elemento percentuale viene in rilievo nella ricostruzione dello stesso nesso di causalità materiale e non del nesso di causalità giuridica.

La terza tesi colloca la *chance* nell'ambito della regola probatoria.

In particolare, si è affermato che esistono «*due dimensioni di analisi del rapporto causale rilevanti ai fini civilistici: la causalità civile ordinaria, attestata sul versante del "più probabile che non" che ha per oggetto il danno da perdita del bene leso; e la causalità da perdita di* chance*, attestata sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato, da intendersi come sacrificio della possibilità di conseguirlo*»[54].

In tale prospettiva, quindi, opererebbe una terza regola probatoria, quella della "possibilità", insieme a quella penalistica della "certezza" ovvero dell'"alto grado di credibilità razionale" e a quella civilistica ordinaria del "più probabile che non".

La Corte di Cassazione, con una successiva sentenza[55], ha superato questa tesi, rilevando che quello che cambia, come sopra esposto, non è la regola probatoria, che funziona sempre secondo "il più probabile che non", ma il danno-evento e, dunque,

---

[51] F. Trimarchi Banfi, *La* chance *giuridicamente rilevante: esistenza e consistenza*, in *Foro it.*, 2015, III, 442.

[52] Trib. Bari, 11 gennaio 2010; Trib. Arezzo, 2 novembre 2012.

[53] Cass. civ., sez. III., 26 febbraio 2013, n. 4793.

[54] Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.

[55] Cass. civ., sez. III, n. 21255 del 2013, cit., redatta dallo stesso relatore della sentenza sopra citata.

Clicca per la scheda del libro

l'oggetto della tutela che, nella specie, è costituito dalla perdita della possibilità di conseguire un risultato utile[56]. Si è così aderito alla teoria ontologica.

Nel diritto privato il settore in cui maggiormente la Corte di Cassazione ha fatto applicazione di queste ricostruzioni è quello della responsabilità medica.

Gli orientamenti seguiti non sempre sono chiaramente riconducibili alle concezioni sopra esposte, anche se sembra prevalere la concezione ontologica.

In particolare, si distingue la "*chance* di sopravvivenza" e la "*chance* di cura o di guarigione": la prima presuppone che si dimostri "la possibilità di sopravvivenza" ossia la *chance* di vedere rallentato il decorso della malattia e, quindi, aumentata la durata della sopravvivenza; la seconda presuppone la privazione di una migliore qualità della vita per un certo periodo di tempo, pur in presenza di un inevitabile esito infausto della malattia[57].

La diversità rispetto alla "causalità ordinaria" sta nel fatto che in quest'ultima la parte lamenta e deve dimostrare la lesione del bene salute, che identifica il danno-evento, e, dunque, è tenuta a provare che il medico con la propria condotta ha prodotto un risultato negativo in relazione a detta situazione soggettiva; nella causalità da *chance*, invece, secondo la concezione prevalente ontologica, occorre dimostrare la privazione della *chance* di conseguire un risultato positivo[58].

Nel diritto amministrativo, la giurisprudenza amministrativa è divisa in ordine alla ricostruzione della responsabilità da perdita di *chance*.

È presente, infatti, un contrasto tra i sostenitori della teoria ontologica ed i sostenitori della teoria eziologica, che ha condotto il Consiglio di Stato[59] a rimettere la questione all'Adunanza plenaria, la quale, però, per una questione di natura processuale connessa al contenuto dell'ordinanza di rimessione, non ha deciso la causa e ha rimesso gli atti alla Sezione[60].

Il contrasto, di seguito esaminato, risulta, pertanto, ancora non risolto.

In particolare, i settori in cui la giurisprudenza ha fatto applicazione del danno da perdita di *chance* sono quelli degli appalti pubblici e dei concorsi.

Nell'ambito degli appalti pubblici, un primo orientamento, che sembra prevalen-

---

[56] M. Bona, Tortious interference with business relationships*, rimedio effettivo, ''nuova'' (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*, cit., il quale mette in rilievo, condividendo l'affermazione della Corte di Cassazione, che il concetto della "possibilità" «*si riferisce all'"oggetto della tutela" cioè ad un particolare evento di danno, per l'appunto quello della perdita di* chance *di non subire la violazione di un determinato diritto, interesse o bene, evento diverso dalla lesione diretta della particolare posizione del destinatario del fatto illecito o dell'inadempimento*». In questa prospettiva, «*la "causalità da perdita di* chance*", laddove correttamente intesa, non costituisce un sotto-livello "*soft*" od "attenuato" oppure "debole" della "causalità ordinaria"*».

[57] B. Guidi-E. Serano, *Il risarcimento del danno da perdita di chance di vita, cura e guarigione: prassi, trend e criteri liquidatori*, in *Danno e resp.*, 2016, 505 ss.

[58] M. Bona, *Causalità da perdita di* chance *e "*lost years*": nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, in *Corr. giur.*, 2014, 1077.

[59] Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118.

[60] Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 11 maggio 2018, n. 7.

Clicca per la scheda del libro

te, segue la concezione eziologica, qualificando la *chance* come lucro cessante e richiedendo alla parte di provare la sussistenza di una probabilità di successo (di aggiudicazione dell'appalto) «*almeno pari al cinquanta per cento, poiché, diversamente, diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative*»[61].

Un secondo orientamento segue la concezione ontologica, valutando la *chance* come danno emergente[62].

La giurisprudenza amministrativa colloca anche il cd. danno curriculare, inteso come pregiudizio conseguente alla perdita per l'impresa della possibilità di accrescere il proprio curriculum professionale e di aumentare la propria competizione sul mercato, nell'ambito della *chance*[63]. In relazione a questa specifica voce non si riscontrano, però, orientamenti chiaramente riconducibili alle due concezioni, in quanto in alcune sentenze si considera tale voce di danno come in *re ipsa*[64] mentre in altre si richiede la sua prova mediante allegazione di puntuali elementi a sostegno del pregiudizio lamentato[65].

Per quanto attiene alla sua quantificazione, la stessa è normalmente operata dal giudice amministrativo in via equitativa: nel settore degli appalti pubblici si riconosce una somma pari ad una percentuale (variabile dall'uno al cinque per cento) applicata in alcuni casi sull'importo globale dell'appalto, in altri sulla somma già liquidata a titolo di lucro cessante[66].

Sul punto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[67] ha affermato che il risarcimento del danno da perdita di *chance* (ossia da mancata aggiudicazione dell'appalto) ricomprende sia il mancato profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, sia il danno curriculare, specificando che, operando con pienezza il principio dispositivo, spetta alla parte privata provarne l'esatto ammontare.

La giurisprudenza amministrativa ha sinora riconosciuto risarcibile solo la *chance*

---

[61] Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2015, n. 2349, che ha deciso un caso in cui l'impresa era stata invitata alla licitazione privata, ma non ha preso parte alla gara a causa del tempo irragionevolmente breve entro il quale l'offerta avrebbe dovuto essere presentata; si v. anche Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2017, n. 2740; Id., sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431; sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249; sez. VI, 29 maggio 2015, n. 2690; Id., sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431.

[62] Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7593, secondo cui «*è ammesso il risarcimento del danno rappresentato dalla cd. perdita di* chance *(valida opportunità), da intendersi non come mera aspettativa di fatto, ma come entità patrimoniale a sé stante, che si risolve nella possibilità di conseguire un vantaggio futuro; l'impresa che viene pretermessa in una gara d'appalto illegittimamente aggiudicata, anche laddove non riesca a dimostrare che, in assenza delle illegittimità riscontrate, si sarebbe aggiudicata la gara, subisce comunque un danno, in quanto perde la possibilità, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione (la* chance *appunto) di aggiudicarsi la gara*»; si v. anche Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2016, n. 3450; Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672; Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837.

[63] Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839.

[64] Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115.

[65] Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3769.

[66] Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2015, n. 5611.

[67] Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2.

Clicca per la scheda del libro

di tipo pretensivo (ossia legata alla mancata aggiudicazione o alla probabilità, seria e concreta di conseguire il bene della vita anelato).

Si segnala, però, una decisione che, con riguardo alla lesione di interessi procedimentali, ha ritenuto, per la prima volta, possibile risarcire la *chance* di tipo oppositivo.

Nel caso concreto, la stazione appaltante aveva revocato ad una società l'aggiudicazione definitiva di un appalto di servizi, senza effettuare la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241. La società non aveva, però, impugnato l'atto di affidamento dell'appalto ad un altro operatore economico, con la conseguente impossibilità di ottenere una tutela in forma specifica. Nella sentenza si esclude, per l'incertezza derivante dall'esito della procedura in caso di comunicazione del procedimento, il riconoscimento del danno da lucro cessante ma si riconosce il risarcimento della *chance* di tipo oppositivo. In particolare, è stata riscontrata la lesione di un interesse procedimentale per non aver potuto l'aggiudicatario conoscere il procedimento in atto di revoca dell'aggiudicazione ed intervenirvi, con conseguente frustrazione della possibilità di rimanere aggiudicatario [68].

Nell'ambito dei concorsi pubblici, si registrano orientamenti espressivi delle due concezioni sopra esposte.

Anche in questo ambito sembra prevalere la concezione eziologica, in quanto è riscontrabile una massima diffusa secondo cui l'accoglimento della domanda «*esige la prova, anche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile essendo necessario* che *il danneggiato dimostri anche in via presuntiva* (...) *ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verificazione futura del danno*» [69].

Ambito connesso è quello delle progressioni di carriera con perdita della possibilità di promozione, che rileva anche nel diritto civile nei casi in cui vi è giurisdizione del giudice ordinario [70].

---

[68] Cons. giust. amm. Sicilia, 12 dicembre 2013, n. 929.

[69] Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1099; Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2013, n. 4408; si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3757; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762; Cons. Stato; sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1099; Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431.

[70] Cass. civ., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21678, ha affermato quanto segue.

«*In caso di violazione, da parte dell'ente pubblico/datore di lavoro, dell'obbligo di predeterminare i criteri di selezione degli impiegati necessari per il riconoscimento e l'attribuzione della qualifica superiore, incombe sul singolo dipendente non promosso ed attore in giudizio per il risarcimento del danno da perdita della possibilità di promozione (cd. perdita di* chance*), l'onere di provare – alla stregua dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale – il nesso di causalità tra il detto inadempimento datoriale ed il danno, ossia la concreta sussistenza della probabilità di ottenere la qualifica superiore* (...). *Il lavoratore/creditore che voglia ottenere i danni derivanti dalla perdita di* chance *ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'es-*

Clicca per la scheda del libro

Alla luce di quanto esposto si possono svolgere le seguenti considerazioni conclusive.

La prima considerazione generale attiene all'esatta qualificazione giuridica della *chance*.

Le due concezioni esposte qualificano, sia pure in modo diverso, la *chance* come danno evento e, dunque, danno ingiusto, il che presuppone la individuazione di una situazione giuridica soggettiva lesa che, nella specie, sarebbe individuata in un "bene".

Nella prospettiva della concezione ontologica si tratta di un "bene autonomo", che deve considerarsi leso qualunque sia l'entità percentuale del pregiudizio. La criticità sta proprio nella suddetta qualificazione, non emergendo una situazione soggettiva riconducibile alle tradizionali classificazioni [cap. 5, par. 2][71]. È evidente come sia preminente l'esigenza di assicurare la tutela risarcitoria rispetto a quella di effettuare una ricostruzione dogmatica rigorosa.

Nella prospettiva della concezione eziologica, le suddette criticità sono amplificate in quanto, come è stato rilevato in dottrina, «*costituisce una incongruenza logica qualificare la* chance *in termini di situazione giuridica soggettiva ma poi ritenerla rilevante ai fini risarcitori solo se manifesta apprezzabili probabilità di consentire il raggiungimento del risultato finale*»[72]. Si potrebbe ritenere che il "bene" assume rilevanza per il diritto soltanto se viene leso nelle percentuali ovvero con l'intensità sopra indicata.

Se si volesse, invece, effettuare una ricostruzione rigorosa con individuazione di una situazione giuridica, questa potrebbe essere individuata nella aspettativa [cap. 5, par. 2]. Ciò potrebbe, però, porre problemi in ordine anche al riparto di giurisdizione, non venendo in rilievo una situazione di interesse legittimo.

Ponendo in secondo piano la questione dell'esatta individuazione della situazione soggettiva, si risolvono anche le questioni in punto di giurisdizione. Si ritiene, infatti, che sussista la giurisdizione del giudice amministrativo tutte le volte in cui venga in rilievo un potere pubblico che incide sulla *chance*, senza che si svolgano sforzi ricostruttivi ulteriori alla ricerca della situazione soggettiva.

La seconda considerazione attiene alla diversità tra causalità da *chance* e causalità ordinaria.

Quest'ultima presuppone che, in applicazione della regola probatoria del "più probabile che non", si dimostri la lesione "certa" (sia pure in conseguenza di una regola probatoria probabilistica) della situazione giuridica.

---

sere conseguenza immediata e diretta (...). *È, in altre parole, necessaria l'allegazione e la prova di quegli elementi di fatto idonei a far ritenere che il regolare svolgimento della procedura selettiva avrebbe comportato una concreta, effettiva e non ipotetica probabilità di conseguire la promozione, in forza della quale probabilità si giustifica l'interesse stesso del lavoratore alla pronuncia di illegittimità della procedura selettiva, altrimenti insussistente*».

[71] E. Gabrielli, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di una ipostasi giurisprudenziale*, in *www.judicium.it*, 2010.

[72] A. Nervi, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 683.

Clicca per la scheda del libro

La prima presuppone: *i*) in adesione alla concezione ontologica e in applicazione della regola probatoria del "più probabile che non" la lesione certa del bene autonomo, con spostamento del dato dell'incertezza nella fase di liquidazione del danno conseguenza; *ii*) in adesione alla concezione eziologica e in applicazione della medesima regola probatoria, la lesione del bene in una percentuale elevata, con anticipazione della "incertezza" nella fase del danno evento.

6.4.2. Il concorso di cause

Il codice civile non detta norme generali in materia di concorso di cause. Il codice penale le prevede nell'art. 41[73].

La ricostruzione del sistema, valido in ambito sia civilistico sia pubblicistico, presuppone che si distingua il concorso di cause umane, da un lato, e il concorso di cause umane e naturali, dall'altro. Rinviando a quanto si esporrà oltre in relazione alla nozione di caso fortuito [par. 9.1], in questa sede è sufficiente sottolineare come le cause naturali rientrino all'interno di tale nozione.

Nell'ambito delle cause umane, si può ulteriormente distinguere tra concorso del danneggiato e concorso di più danneggianti.

Con riferimento al concorso del danneggiato, l'art. 1227, comma 1, cod. civ., applicabile anche nell'ambito della responsabilità della pubblica amministrazione, prevede che «*se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate*».

Un orientamento minoritario ritiene che questa norma sia espressione del principio di autoresponsabilità e costituisca «*il mezzo per indurre anche gli eventuali danneggiati a contribuire, insieme con gli eventuali responsabili, alla prevenzione dei danni che potrebbero colpirli*»[74]. L'individuazione di questo fondamento comporta che, ai fini della riduzione del danno, non sia sufficiente la sussistenza di una condotta colposa ma occorre anche la sua imputabilità all'agente e, dunque, è necessario che il soggetto agente sia capace di intendere e di volere. L'incapacità esclude, pertanto, l'operatività della norma in esame.

L'orientamento prevalente, in giurisprudenza e dottrina[75], ritiene, invece, che la disposizione in esame sia espressione del principio di causalità. In particolare, la condotta del danneggiato incide sul nesso di causalità materiale e, dunque, sui danni evento e conseguenza.

---

[73] Tale norma, al comma 1, dispone che «*il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione o omissione, non esclude il rapporto di causalità tra l'azione od omissione e l'evento*». Il comma 2 dispone che: «*le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da solo sufficienti a determinare l'evento*».

[74] G. Cattaneo, *Il concorso di colpa del danneggiato. Il fondamento dell'autoresponsabilità per colpa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 460.

[75] Cass. civ., sez. III, 1 febbraio 2018, n. 2481; C.M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 1994, 136-139.

Clicca per la scheda del libro

La ragione giustificativa della riduzione della pretesa risarcitoria deriva, pertanto, dall'accertamento dell'attribuzione di un'entità percentuale dell'efficienza causale al comportamento della vittima, anche nel caso in cui questa sia incapace di intendere e di volere[76].

In definitiva, dunque, lo spostamento del piano di indagine dal profilo soggettivo del danneggiato al profilo oggettivo del rapporto di causalità esclude la rilevanza della imputabilità soggettiva dell'evento al danneggiato ai fini dell'operatività della norma in esame.

L'art. 1227, comma 2, cod. civ. prevede che «*il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*».

Questa disposizione si colloca nell'ambito del rapporto di causalità giuridica.

Essa, infatti, presuppone che il danno-evento sia causato dalla condotta del solo danneggiante e che il danneggiato non sia intervenuto per evitare o ridurre i danni conseguenza. In tale ipotesi, la giurisprudenza prevalente àncora i presupposti applicativi della norma non tanto alla colpa ma alla buona fede, con la conseguenza che non possono essere richiesti comportamenti che determinano un apprezzabile sacrificio personale.

La Corte di Cassazione ha sempre interpretato la norma in modo rigoroso, non ammettendo, ad esempio, che tra le condotte esigibili vi fosse anche «*l'acquisto* aliunde *delle cose che costituivano oggetto della prestazione promessa*». Un orientamento minoritario della stessa Corte di Cassazione ha allargato, invece, le maglie di applicabilità della norma includendovi anche questa tipologia di condotte[77].

Nel diritto amministrativo, come si dirà oltre [cap. 26, par. 10.6], la norma in esame è utilizzata per ridurre l'entità dei danni in caso di proposizione dell'azione risarcitoria autonoma senza la previa impugnazione del provvedimento amministrativo. L'art. 30, comma 3, cod. proc. amm. dispone, infatti, che «*nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*».

Con riferimento al concorso di cause umane per la presenza di più danneggianti l'art. 2055 cod. civ., la cui rubrica reca «*responsabilità solidale*», prevede che: *i*) «*se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno*» (comma 1); *ii*) «*colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate*» (comma 2); *iii*) «*nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali*» (comma 3).

Si tratta di una disposizione che sembra evocare il concorso di persone nel diritto penale, nel quale l'elemento soggettivo si compone di due elementi: *i*) coscienza e volontà del fatto criminoso; *ii*) consapevolezza di fornire un contributo causalmente rile-

[76] Cass. civ., 17 febbraio 1964, n. 351; Corte cost., ordinanza n. 4 del 1985.

[77] Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2016, n. 11230.

Clicca per la scheda del libro

vante alle condotte poste in essere da altri, non essendo necessario un previo accordo tra i correi[78].

La norma sopra citata sembra prevedere un'ipotesi di obbligazione solidale passiva [cap. 15, par. 7, per l'esame delle obbligazioni soggettivamente complesse].

La funzione di tale tipologia di obbligazioni solidali risiede nell'esigenza di favorire l'adempimento del debitore, il quale si libera adempiendo ad uno solo dei creditori.

L'art. 1294 cod. civ. prevede una presunzione di solidarietà passiva («*i condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente*») che presuppone la concorrenza dei seguenti elementi costitutivi: *i*) sul piano soggettivo, più debitori; *ii*) sul piano oggettivo, la stessa prestazione (*eadem res debita*) e l'unicità della fonte (*eadem causa obligandi*).

La costante giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene, però, che l'art. 2055 cod. civ. rinvenga il proprio fondamento non tanto nella natura solidale dell'obbligazione quanto nel principio di causalità.

Si sostiene, infatti, che l'unicità del fatto dannoso debba essere intesa «*non in senso assoluto ma relativo al danneggiato, ricorrendo, pertanto, tale forma di responsabilità pure se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, ed anche diversi, sempreché le singole azioni o omissioni abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno*». In altri termini, «*per il sorgere della responsabilità solidale dei danneggianti l'art. 2055 cod. civ., comma 1, richiede solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano tra loro autonome, e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuna di tali persone, atteso che l'unicità del fatto dannoso considerata dalla norma suddetta deve essere riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come identità delle norme giuridiche da essi violate*»[79].

L'orientamento esposto valorizza ancora una volta il profilo oggettivo del nesso di causalità piuttosto che il profilo soggettivo del legame solidale tra i danneggianti. Nell'ambito della responsabilità solidale passiva in senso tecnico, infatti, presupposto per la sua ricorrenza è, tra l'altro, che vi sia una *eadem causa obligandi*, che in questo caso invece non è richiesta.

Parte della dottrina ha criticato questo orientamento seguendo percorsi argomentativi diversi nel comune tentativo di ridurre l'ambito applicativo della norma in esame.

In particolare, si è affermato che ai fini della ricorrenza del vincolo solidale è necessario che: *i*) le condotte degli agenti siano caratterizzate da un reciproco legame di carattere psicologico; *ii*) sussista una identità degli interessi offesi dalle varie condotte (ad esempio le condotte dei danneggianti ledono tutte l'integrità fisica della vittima); *iii*) la norma sulla solidarietà intervenga qualora già dalle regole ordinarie che definiscono il debito risarcitorio dei singoli danneggianti risulti una comune responsabilità per l'intero danno (o parte di esso) in capo ai coautori[80].

---

[78] G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 533-534.

[79] Cass. civ., sez. un., 15 luglio 2009, n. 16503.

[80] Per un maggiore approfondimento in relazione ai diversi orientamenti della dottrina v. S. Balbusso, *I*

Clicca per la scheda del libro

Sul piano processuale, la giurisprudenza ha affermato che l'esistenza di un vincolo di solidarietà passiva *ex* art. 2055 cod. civ. non determina un litisconsorzio necessario, potendo il creditore valersi per l'intero nei confronti di ciascuno dei debitori, con conseguente possibilità che il giudizio si instauri anche nei confronti di uno solo dei coobbligati[81].

In relazione, infine, al concorso di cause umane e naturali si tratta di stabilire se quest'ultime possano avere efficacia eziologica rilevante nella determinazione del danno risarcibile[82].

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Cassazione si sono formati due contrapposti orientamenti.

Un orientamento minoritario[83] postula l'ammissibilità della cd. causalità equitativo-proporzionale ammettendo che anche il fattore naturale possa avere rilevanza ai fini della produzione del danno-evento. Si colloca, pertanto, tale fattore unitamente alle condotte umane nella fase della causalità materiale.

L'orientamento prevalente della Corte di Cassazione ritiene, invece, che l'elemento naturale non possa avere alcuna efficacia eziologica salvo il caso in cui si tratti di un elemento che da solo è in grado di determinare l'evento[84].

Si applica, pertanto, il principio causale puro del cd. *all or nothing*.

Questa tesi si fonda sulla mancanza di una norma che consenta di configurare una "responsabilità proporzionale" atteso che le uniche disposizioni che nel codice civile si occupano del concorso di cause (i riportati artt. 1227 e 2055 cod. civ.) configurano esclusivamente il concorso di cause umane. Sotto altro aspetto la ripartizione di responsabilità, ai sensi dell'art. 2055 cod. civ., ha valenza meramente interna in sede di azione di regresso e non anche valenza esterna, in quanto ciascuno dei danneggianti risponde per l'intero nei confronti del danneggiato[85].

Quanto esposto non determina, secondo la tesi in esame, la completa irrilevanza del fattore naturale, in quanto esso deve essere preso in esame nella fase di delimitazione del danno conseguenza risarcibile mediante l'applicazione di criteri di valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. In questa prospettiva, poiché secondo la tesi prevalente tale fase non integra gli estremi di una vera e propria causalità, rimane ferma la regola per cui l'unico fattore causale rilevante rimane quello umano.

Alla luce di quanto esposto, la diversità tra i due orientamenti, in punto di conseguenze applicative, si riduce in modo significativo: il primo orientamento colloca il

---

presupposti della responsabilità solidale e la funzione dell'art. 2055, comma 1, c.c., in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 987 ss.

[81] Cass. civ., sez. II, 27 settembre 2017, n. 22672.

[82] Nel settore civilistico le fattispecie più diffuse si hanno nell'ambito della responsabilità medica: si pensi al caso di errore del medico durante il parto ai danni di un bambino affetto da malformazioni.

[83] Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975.

[84] Cass. civ., sez. III, 29 febbraio 2016, n. 3893.

[85] A. D'Adda, *Concorso di causa naturale e responsabilità proporzionale: l'apparente ortodossia della Suprema Corte*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1049.

Clicca per la scheda del libro

fattore naturale nell'ambito della causalità materiale, il secondo nell'ambito della causalità giuridica. Si potrebbe, forse, ritenere che l'adesione all'orientamento maggioritario comporta che il fattore naturale non abbia una rilevanza "primaria" in termini di "percentuali" di responsabilità, ma possa venire in rilievo solo nella fase di determinazione del danno con una valutazione necessariamente casistica che assegna un maggiore spazio al potere equitativo del giudice.

Clicca per la scheda del libro